

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO E PROCESSO PENALE
Ciclo XXIV**

Settore Concorsuale: 12/G1

SSD: IUS/17

Coordinatore del Dottorato:

Chiar.mo Prof. Giulio Illuminati

**IL VOLTO EUROPEO DEL REATO DI NEGAZIONISMO
TRA RICHIESTE DI INCRIMINAZIONE UE
E PRINCIPI FONDAMENTALI CEDU**

Tesi dottorale in co-tutela con la Humboldt-Universität zu Berlin

Relatori:

Chiar.mi Proff.

Luigi Stortoni

Gerhard Werle

Presentata da:

Paolo Lobba

Esame finale anno 2013

Tesi discussa in data 14 giugno 2013 a Bologna

A Mamma e Papà

INDICE / TABLE OF CONTENTS

RINGRAZIAMENTI / ACKNOWLEDGEMENTS	XV
--	-----------

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI	XVII
---	-------------

I. NEGAZIONISMO: NASCITA, SVILUPPO E TENDENZE ATTUALI.....	1
---	----------

1. Oggetto e scopo dell'indagine	1
2. Il fenomeno negazionista. Distinzione dal revisionismo.....	13
3. Le dinamiche di incriminazione in atto nel continente europeo ...	17
3.1. Sguardo d'insieme sull'emersione del reato di negazionismo negli ordinamenti nazionali.....	17
3.1.1. Italia: l'assenza di una fattispecie specifica. I progetti di legge presentati.....	30
3.1.2. L'opportunità di una risposta penale: opinioni "laiche" a confronto	35
3.2. L'incriminazione della falsificazione storica come perno di una più ampia operazione mnemonica.....	39
3.3. Le attuali tendenze repressive (nazionali, europee ed internazionali) in materia di libertà di espressione	44

II. IL REATO DI NEGAZIONISMO NELL'UNIONE EUROPEA	53
---	-----------

1. Premessa	53
-------------------	----

Sezione I: Evoluzione istituzionale e mutamento del sistema normativo dell'Unione europea.....	56
---	-----------

2. L'influenza del diritto comunitario ante-Lisbona sul sistema penale interno	56
2.1. Le decisioni quadro	58
2.2. L'impatto sul diritto penale degli atti del primo pilastro	63
2.3. Altri canali di penetrazione comunitaria	67
3. Le riforme del Trattato di Lisbona in materia penale	68
3.1. Il nuovo assetto istituzionale dell'Unione europea	68
3.2. L'espressa (seppur indiretta) "competenza penale" dell'Unione europea	70
4. Il futuro delle politiche di lotta a razzismo e xenofobia alla luce del Trattato di Lisbona	73
4.1. L' <i>an</i> dell'intervento: individuazione della base giuridica nel Trattato riformato	73
4.2. Il <i>quomodo</i> dell'intervento: sussidiarietà, <i>extrema ratio</i> e bene giuridico sovranazionale	77

Sezione II: La normativa anti-negazionista nel quadro della lotta al razzismo83

5. Il contesto normativo della Decisione quadro 2008/913/GAI.....	83
6. La Decisione quadro: analisi delle principali disposizioni	88
6.1. Il reato di negazionismo "allargato"	89
6.2. Gli "elementi opzionali" della fattispecie.....	92
6.3. Le disposizioni procedurali, in particolare, la competenza giurisdizionale	94
7. Gli effetti di armonizzazione della Decisione quadro	98
7.1. L'unificazione delle modalità di condotta.....	102
7.2. L'estensione dell'oggetto delle espressioni incriminate ...	105
7.3. La definizione uniforme dei reati presupposto.....	108
8. La forma qualificata del reato di negazionismo: analisi e critica dei principali "elementi opzionali" del reato	109

8.1. La clausola francese: punibilità limitata alla negazione dei crimini accertati con sentenza definitiva.....	110
8.2. La clausola tedesca: punibilità subordinata al pericolo di turbamento della pace pubblica.....	114
8.3. La clausola inglese: punibilità circoscritta dal dolo specifico.....	116
9. L'obbligo di interpretazione conforme.....	119
10. L'adempimento da parte dell'ordinamento italiano degli obblighi imposti dalla Decisione quadro.....	121
10.1. Il quadro normativo attuale.....	121
10.2. Esame delle (lievissime) necessità di adattamento.....	124
10.3. Applicabilità del mandato d'arresto europeo al negazionismo?.....	126
10.4. La punibilità del negazionismo puro in Italia <i>de iure condito</i>	129

III. CORTE DI STRASBURGO E REATO DI NEGAZIONISMO TRA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE, ABUSO DEL DIRITTO, E PROTEZIONE DELLA DEMOCRAZIA..... 133

1. Premessa.....	133
------------------	-----

Sezione I: La negazione dell'Olocausto nella giurisprudenza di Strasburgo..... 136

2. La libertà di espressione secondo i giudici di Strasburgo.....	136
2.1. Principi generali derivanti dall'art. 10 CEDU.....	136
2.2. Cenni (e rinvio) sul rapporto tra libertà di espressione e reati di opinione.....	143
2.3. La clausola sull'abuso del diritto <i>ex art. 17 CEDU</i> : origini e ragioni di fondo (rinvio).....	147

3. I tre stadi evolutivi dell'orientamento degli organi della CEDU	150
4. Prima fase: applicazione dell'ordinario test <i>ex art.</i> 10 CEDU.....	152
5. Seconda fase: l'art. 17 CEDU come adiuvante interpretativo.....	158
5.1. Prologo: lo sviluppo della giurisprudenza sulle attività di ispirazione nazista	158
5.2. Le due varianti di intervento dell'art. 17 CEDU: argomento <i>ad adiuvandum</i> e argomento (apparentemente) <i>ad abundantiam</i>	161
5.3. Dal razzismo al negazionismo: prime applicazioni dei principi di <i>Kühnen</i> alla contestazione di fatti storici.....	163
5.4. Il lato "A" dell'art. 17 CEDU: veicolo dell'interesse alla pacifica convivenza tra popoli	166
5.5. Il lato "B" dell'art. 17 CEDU: clausola di stile o cavallo di Troia?.....	169
6. Terza fase: l'esclusione categorica dalla protezione convenzionale.....	173
6.1. <i>Lehideux and Isorni v. France</i> : l'introduzione della categoria dei "fatti storici chiaramente stabiliti"	174
6.2. Osservazioni intermedie sui principi affermati in <i>Lehideux</i>	180
6.3. L'eredità di <i>Lehideux</i> : a) la prima applicazione della categoria in <i>Garaudy c. France</i>	188
6.4. (continua): b) ...e il suo ampliamento in <i>Witzsch v. Germany</i> (2).....	197
6.5. La decisione nel caso <i>Witzsch</i> : rilievi critici e necessità di procedere ad un'analisi dell'art. 17 CEDU	200

Sezione II: La clausola sull'abuso del diritto: natura, presupposti, campo di applicabilità203

7. L'area di applicabilità dell'art. 17 CEDU.....	203
---	-----

7.1.	La protezione del sistema democratico contro i totalitarismi.....	205
7.1.1.	Le prime pronunce	205
7.1.2.	Lo scioglimento dei partiti antidemocratici: alla ricerca di un equilibrio tra democrazia, Convenzione e abuso del diritto.....	207
7.1.3.	Rispetto dei principi democratici e limiti della <i>wehrhafte Demokratie</i>	210
7.1.4.	Il rilievo primario attribuito alle concrete circostanze storico-politiche	213
7.1.5.	I principi dedotti: riepilogo	217
7.2.	La protezione del sistema democratico contro l'intolleranza.....	219
7.2.1.	Razzismo, discriminazione ed hate speech.....	220
7.2.1.1.	I primi casi in tema di razzismo	220
7.2.1.2.	Dal razzismo all' <i>'hate speech</i>	222
7.2.1.3.	Il caso <i>Féret</i> : un ulteriore allargamento dell'area del discorso (politico) proibito....	226
7.2.1.4.	Un manifesto a favore della libertà di espressione: l'opinione dissenziente nel caso <i>Féret</i>	228
7.2.1.5.	Applicazione della “dottrina <i>Féret</i> ” ai casi successivi	231
7.2.2.	Antisemitismo	235
7.2.3.	Islamofobia.....	239
7.2.4.	Riepilogo dei principi dedotti e proposta interpretativa	241
7.3.	La protezione del sistema democratico contro l'erosione del rispetto dovuto alle vittime di gravi violazioni dei diritti umani	244
7.3.1.	I principi dedotti: riepilogo	249
8.	La “gravità” quale canone di applicazione dell'art. 17 CEDU ...	253

8.1. La duplice natura dell'abuso del diritto.....	253
8.2. Gli indici di gravità della condotta.....	257
9. Il negazionismo alla luce dei criteri di applicabilità dell'art. 17 CEDU: una “deroga alle deroghe”	261
Sezione III: Lo statuto d'eccezione applicato al negazionismo: dinamiche espansive e tentativi riduzionisti.....	
267	
10. Alcune ragioni per il superamento della categoria dei “fatti storici chiaramente stabiliti”	267
10.1. Le difficoltà dell'accertamento storico in sede giudiziale.....	267
10.2. La categoria alla prova dei fatti: suo malgrado, il giudice si fa storico.....	272
11. Orizzonti futuri: incontestabilità di tutti i crimini internazionali? Verso una “quarta fase” della giurisprudenza.....	276
12. Rilievi critici	281
12.1. Le controindicazioni all'utilizzo dell'art. 17	281
12.2. L'art. 17: ancora indispensabile? I veri pericoli di una sua valorizzazione.....	282
12.3. Alcune proposte interpretative	287
 IV. REATO DI NEGAZIONISMO: PROSPETTIVE DI SVILUPPO . 293	
1. Interazioni, analogie e contrasti nelle due Europe del negazionismo: conseguenze giuridiche per gli ordinamenti nazionali	293
1.1. Il versante della UE: la Decisione quadro tra istanze repressive, effetti di armonizzazione e persuasione politica	293

1.2. Il versante della CEDU: il negazionismo come abuso della libertà di espressione	297
2. Un modello esplicativo in via di superamento: l'Olocausto come <i>topos</i> fondativo.....	301
3. Dalla negazione dell'Olocausto a quella di tutti i crimini internazionali: nuovi orizzonti esplicativi	309
4. Dalla negazione dell'Olocausto a quella di tutti i crimini internazionali: rilievi critici	313
4.1. Negazionismo e diritto penale, storia e processo	313
4.2. Lo <i>slippery slope effect</i>	319
5. Una questione aperta sul futuro del reato di negazionismo: rigetto radicale o accoglimento di una sua forma qualificata?	325
5.1. Punibilità del negazionismo puro: i motivi di una convinta contrarietà	327
5.2. Punibilità del negazionismo qualificato: profili critici delle clausole di offensività.....	337
ENGLISH SUMMARY	351
BIBLIOGRAFIA / BIBLIOGRAPHY	409
ELENCO DEI CASI CITATI / LIST OF CITED CASE LAW	455

RINGRAZIAMENTI / ACKNOWLEDGEMENTS

Il primo ringraziamento spetta al Professor Luigi Stortoni, la persona che ha reso possibile la nascita e la conclusione di questa tesi, colui che ha concepito il mio percorso scientifico e mi ha guidato, con competenza e grande affetto, attraverso gli affascinanti snodi del diritto penale. Grazie per la fiducia che mi ha costantemente dimostrato ed il tempo dedicatomi fin dal primo giorno di questo dottorato. Grazie, Professore, dei suoi preziosi consigli, accademici e non solo, e di aver sopportato sempre con infinita pazienza e non comune umanità le mie peregrinazioni in giro per il mondo.

I wish then to extend my sincere gratitude to my German *Doktorvater*, Professor Gerhard Werle, for having welcomed me – first as Visiting Scholar, and later as *Doktorand* and *DAAD Stipendiat* – at his *Lehrstuhl* at the *Humboldt Universität zu Berlin*. Thank you very much, Professor, for your kind and generous academic support, your time and the opportunities you have always offered me. At the Humboldt I have spent memorable moments of study, research and leisure, also due to the valuable presence of the Chair's *Wissenschaft Mitarbeitern*, among whom I would like to mention and thank Moritz, Paul, Boris and Aziz. Special thanks go finally to Frau Anja Schepke, indispensable support during my time in Berlin.

Vorrei ringraziare sentitamente la Dottoressa Emanuela Fronza, colei che pionieristicamente ha dato forma al gigante dalle cui spalle questa tesi, con umiltà, ha cercato di scrutare l'orizzonte. Grazie per non avermi mai fatto mancare la profonda fiducia, il supporto scientifico-accademico e l'incoraggiamento personale. Senza i nostri interminabili scambi di vedute non solo questa indagine non sarebbe giunta ai medesimi risultati, ma non avrei goduto della stessa passione per la ricerca penalistica e non avrei imparato il valore del dubbio.

Un grande contributo alla mia formazione di studioso in erba della giustizia internazionale è venuto da tante persone che ho conosciuto durante i quasi due

anni di esperienza professionale in Cambogia, presso il Tribunale penale internazionale per i Khmer Rossi. I wish to thank all Judges of the *Supreme Court Chamber*: both those belonging to the United Nations side – Agnieszka K. Milart, Motoo Noguchi, Nihal C. Jayasinghe and Florence N. Mumba – for our prolonged and fruitful discussions and for making me feel at home, and those of the Cambodian side, who welcomed me as one of them.

Vorrei poi ringraziare tutte quelle persone che hanno reso ancor più interessanti le mie *Summer Schools* estive presso i centri di ricerca dei Professori Carsten Stahn e Larissa van der Herik all’Aia, e del Professor Otto Triffterer a Salisburgo. Grazie ai compagni di avventura Triestino, Alessandro, Sylvina, Eva, Jenny, Maria, Astrid, Iwona, Thomaz, Alfred, Aziz, Antonis, Stefanie, Fernando, Diana, Elliw e tutti gli altri.

Un ringraziamento speciale va poi a molte altre persone senza il cui supporto non sarei qui, o sarei comunque qui ma con molti capelli in meno in testa. Grazie a Daniela Masini, la mia “talpa” nelle cantine d’Ateneo; a Luigi Cajani, per le lezioni di storia, cultura e... bridge; a Chris Ryan e Josh Rosensweig, che pazientemente hanno districato molti miei scritti inglesi zoppicanti e maccheronici; a Elena Maculan, che con altrettanta pazienza e tanta lucidità ha riletto e contribuito a migliorare numerosi miei lavori e buona parte di questa tesi; a Daniele de Pretto, per le appassionante consulenze di sociologia; a zietta Sandra di Parigi, per le serate spese a sistemare i miei tentativi di scrivere in lingua straniera; al mio fratellino “bocia” Andrea, per un ausilio tecnico di grande spessore (!).

Essenziale è stato anche il supporto dei penalisti dell’Università di Bologna, che ho tanto apprezzato. Per avermi fatto sentire parte di questa grande famiglia, ricordo innanzitutto il Coordinatore del dottorato Professor Giulio Illuminati, la Professoressa Francesca Curi e la Professoressa Desirée Fondaroli, e poi gli amici di cattedra Davide Tassinari, Attilio Nisco, Carlotta Cassani, Francesca Consorte e Annamaria Astrologo. Un grazie speciale, last but not least!, alla Dottoressa Silvia Cagli, la prima ad avermi conosciuto e valorizzato come studioso di diritto penale.

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

Varie:

AA.VV.:	Autori vari;
AC:	Appeals Chamber;
art.:	articolo;
c.p.:	codice penale;
CEDU:	Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali;
cfr.:	confronta;
cit.:	opera citata;
conf.:	conforme;
dec.:	decisione (della Corte europea dei diritti dell'uomo);
ed.:	edizione;
fasc.:	fascicolo;
GC:	Grand Chamber;
n./nn.:	numero/i;
n.m.:	numero a margine;
p./pp.:	pagina/e;
par.:	paragrafo/i (in decisioni giudiziarie o atti legislativi);
s./ss.:	seguito/i;
sent./sentt.:	sentenza/e;
sez. un.:	sezioni unite;
sez.:	sezione;
StGB:	Strafgesetzbuch;
TC:	Trial Chamber;
TFUE:	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;
trad. it.:	traduzione italiana;
TUE:	Trattato sull'Unione europea;
v.:	vedi;
vol.:	volume.

Organi giudiziari:

BGH:	Bundesgerichtshof (Germania);
BVG:	Bundesverfassungsgericht (Germania);
C. cost.:	Corte costituzionale (Italia);
Cass. crim.:	Cour de cassation, Chambre criminelle (Francia);
Cass. pen.:	Corte di cassazione, sezioni penali (Italia);
CGCE:	Corte di Giustizia delle Comunità europee (Comunità europee – sede: Lussemburgo);
CGUE:	Corte di Giustizia dell'Unione europea (Unione europea – sede: Lussemburgo);
Corte EDU:	Corte europea dei diritti dell'uomo (Consiglio d'Europa – sede: Strasburgo);
ECCC:	Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (Organizzazione delle Nazioni Unite/Cambogia – sede: Phnom Penh);
HRC:	Human Rights Committee (Organizzazione delle Nazioni Unite – sedi: New York/Ginevra);
ICC:	International Criminal Court/Corte penale internazionale (sede: L'Aia);
ICTR:	International Criminal Tribunal for Rwanda (Organizzazione delle Nazioni Unite – sedi: Arusha/L'Aia);
ICTY:	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (Organizzazione delle Nazioni Unite – sede: L'Aia);
TC:	Tribunal Constitucional de España (Spagna);
USSC:	Supreme Court of the United States (Stati Uniti d'America).

Riviste ed enciclopedie giuridiche:

Arch. pen.:	Archivio penale;
Cass. pen.:	Cassazione penale: rivista mensile di giurisprudenza;
Corr. giur.:	Il Corriere giuridico;

Crit. dir.:	Critica del diritto;
Dir. pen. cont.:	Diritto penale contemporaneo;
Dir. pen. proc.:	Diritto penale e processo;
Dir. pubbl. comp. eur.:	Diritto pubblico comparato ed europeo;
Dir. Un. eur.:	Il diritto dell'Unione europea;
Enc. dir.:	Enciclopedia del diritto;
Enc. giur.:	Enciclopedia giuridica Treccani;
Foro it.:	Foro italiano;
Giur. cost.:	Giurisprudenza costituzionale;
Giur. it.;	Giurisprudenza italiana;
Giur. merito;	Giurisprudenza di merito;
Ind. pen.:	L'indice penale;
Leg. pen.:	La legislazione penale;
Noviss. dig. it.:	Novissimo digesto italiano;
Pol. dir.:	Politica del diritto;
Quad. cost.:	Quaderni costituzionali;
Quad. dir. pol. eccl.:	Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica;
Quest. giust.:	Questione giustizia;
Rev. trim. dr. h.:	Revue trimestrielle des droits de l'homme;
Rev. univ. dr. h.:	Revue universelle des droits de l'homme;
Riv. dir. internaz.:	Rivista di diritto internazionale;
Riv. inf. e informatica:	Il Diritto dell'informazione e dell'informatica;
Riv. int. dir. uomo:	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo;
Riv. it. dir. proc. pen.:	Rivista italiana di diritto e procedura penale;
Riv. it. dir. pubbl. comp.:	Rivista italiana di diritto pubblico comparato.

I. NEGAZIONISMO: NASCITA, SVILUPPO E TENDENZE ATTUALI

1. Oggetto e scopo dell'indagine

A svariati decenni dal suo accadimento, l'Olocausto – o meglio, la memoria dell'Olocausto – divide ancora l'Europa. Dalla fine degli anni '80 gli Stati europei si trovano separati da una frattura che sembra insanabile. Da un lato, gli ordinamenti che ricorrono allo strumento del diritto penale per fronteggiare coloro che negano l'esistenza dello sterminio nazista; dall'altro, quelli che non considerano tali condotte, in sé considerate, sufficientemente pericolose per giustificare l'infrazione di una pena. È, questa, una divaricazione che non riguarda tanto la configurazione di una singola fattispecie incriminatrice, quanto il valore da dare alla memoria di un evento che costituisce il momento fondativo alla base di molti sistemi politici europei nonché il catalizzatore della centralità, acquisita a livello globale, dei diritti fondamentali dell'uomo¹. Riguarda, inoltre, la stessa concezione del diritto penale, dei suoi scopi e del suo modo di atteggiarsi in rapporto all'intolleranza razziale, alla libertà di espressione ed alla libertà di ricerca storica.

L'oggetto di questo lavoro, dunque, è incentrato sul reato di negazionismo. Tale nozione comunemente comprende, con geometrie differenziate a seconda del sistema giuridico di riferimento, le espressioni che negano, minimizzano grossolanamente o giustificano le circostanze storiche attinenti all'Olocausto. La crescente attenzione dedicata a questo particolare tipo di propaganda è dovuta al fatto che i fenomeni negazionisti, comunemente giudicati portatori di razzismo, discriminazione e antisemitismo, sono in costante aumento nel

¹ In questo senso, E. FRONZA, *The Criminal Protection of Memory. Some Observations About the Offence of Holocaust Denial*, in L. HENNEBEL, T. HOCHMANN (a cura di), *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011, p. 179; W. BRUGGER, *Ban On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law*, in *Tulane European & Civil Law Forum*, 2002, p. 21.

panorama odierno². Proprio a causa dell'allarme suscitato da questa progressione, numerosi Stati europei hanno reagito combattendo il fenomeno per vie legali; mentre l'iniziale repressione fu opera di un'estensiva interpretazione giurisprudenziale grazie alla quale le condotte negazioniste furono ricondotte a fattispecie già esistenti quali vilipendio ai defunti, ingiuria, diffamazione fino all'incitamento all'odio razziale e alla discriminazione, a partire dagli anni '90 vennero emanate leggi esplicitamente intese a criminalizzare il negazionismo in tutte le sue forme³.

La letteratura sul tema può dirsi oramai relativamente abbondante, anche se si tratta di studi che hanno adottato principalmente un punto di vista storico o sociologico, andando ad esaminare le caratteristiche fenomenologiche del negazionismo – tentando di tracciare una distinzione con il revisionismo storico –, le ragioni che animano i suoi sostenitori e le sue diverse tipologie, mettendone in luce comunque l'estrema pericolosità per la salute del discorso pubblico intorno ad un evento centrale nella storia di un paese nonché dello stesso continente europeo⁴.

² Per un panorama globale sul negazionismo v., di recente, S.E. ATKINS, *Holocaust Denial as an International Movement*, Westport, 2009. Sull'espansione di questo fenomeno, v., ad esempio, A. GROBMAN, R. MEDOFF, *Holocaust Denial: A Global Survey-2007*, The David S. Wyman Institute for Holocaust Studies (i report relativi agli anni precedenti sono reperibili nel sito dell'Istituto: <http://wymaninstitute.org>); ANTI-DEFAMATION LEAGUE, *Antisemitism Worldwide 2000/1*, New York, 2002; e i report di varie agenzie specializzate quali: *European Commission against Racism and Intolerance*; *European Union Agency for Fundamental Rights*, che sostituisce dal 2007 l'*European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia*; *United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination*; *United Nations Human Rights Council* (in particolare le relazioni dello *Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance*).

³ Per una rapida ricognizione sullo stato della legislazione sul negazionismo in Europa, v. *infra*, § I.3.1.

⁴ V., per tutti, P. VIDAL NAQUET, *Les Assassins de la mémoire* (1987), trad. it. *Gli assassini della memoria*, Roma, 1993 (nuova edizione: *Gli assassini della memoria: saggi sul revisionismo e la Shoah*, Roma, 2008); ID., *Gli ebrei, la memoria e il presente*, Roma, 1985. V., altresì, V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Milano, 1998; ID., *Sul negazionismo*, in E. COLLOTTI (a cura di), *Fascismo ed antifascismo*, Bari, 2000, pp. 43 ss.; D. DI CESARE, *Se Auschwitz è nulla: contro il negazionismo*, Genova,

Nel campo del diritto – entro cui questo lavoro si iscrive – molti studi finora compiuti sono stati svolti con un’ottica di diritto costituzionale, volta a scandagliare le problematiche di una limitazione del discorso negazionista con riferimento ad altri interessi di rilevanza primaria, quali il diritto alla libera manifestazione del pensiero; meno numerosi, invece, i contributi da parte dei penalisti⁵. Se hanno pregevolmente messo in rilievo gli aspetti problematici di

2012; P.P. POGGIO, *Nazismo e revisionismo storico*, Roma, 1997; A. BURGIO, *L’invenzione delle razze. Saggio su razzismo e revisionismo storico*, Roma, 1998; D. LOSURDO, *Il revisionismo storico: problemi e miti*, Roma-Bari, 1996; C. PAVONE, *Negazioni, rimozioni, revisionismi: storia o politica?*, in E. COLLOTTI (a cura di), *Fascismo ed antifascismo*, cit., pp. 15 ss.; F. ROTONDI, *Luna di miele ed Auschwitz. Riflessioni sul negazionismo della Shoah*, Napoli, 2005; AA.VV., *Négationnistes. Les chiffonniers de l’histoire*, Parigi, 1997; A. FINKIELKRAUT, *L’avenir d’une négation. Réflexion sur la question du génocide*, Parigi, 1982; F. BRAYARD, *Comment l’idée vint à M. Rassinier*, Parigi, 1996; N. FRESCO, *Fabrication d’un antisémite*, Parigi, 1999; D.E. LIPSTADT, *Denying the Holocaust: the growing assault on truth and memory*, New York, 1992; ID., *Betrifft: Leugnen des Holocaust*, Zurigo, 1994; C. GINZBURG, *Beweis, Gedächtnis, Vergessen*, in http://www.werkstattgeschichte.de/werkstatt_site/archiv/WG30_050-060_GINZBURG_BEWEIS.pdf (ultimo accesso: 30 aprile 2013); B. BAILER, W. BENZ, W. NEUGEBAUER (a cura di), *Wahrheit und Auschwitzlüge. Zur Bekämpfung “revisionistischer” Propaganda*, Vienna, 1995; W. BENZ, *Legenden Lügen Vorurteile. Ein Wörterbuch für Zeitgeschichte*, Monaco, 1992; T. BASTIAN, *Auschwitz und Auschwitzlüge*, Monaco, 1997 (trad. it. di Enzo Grillo, *Auschwitz e la “menzogna su Auschwitz”: sterminio di massa e falsificazione della storia*, Torino, 1995).

⁵ Sul reato di negazionismo, v. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; ID., *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1034 ss.; ID., *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 2008, pp. 27 ss.; ID., *The Criminal Protection of Memory*, cit.; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, pp. 217 ss.; D. PETRINI, *I giuristi e il delitto di negazionismo*, in *Contemporanea. Rivista di storia dell’800 e del ’900*, 2009, pp. 112 ss.; C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, pp. 730 ss.; T. WANDRES, *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*, Berlino, 2000; G. WERLE, *Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Straffjustiz*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, pp. 2530 ss.; T. HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, Francoforte, 2005; B. ZABEL, *Soll das Strafrecht Erinnerungen schützen? Einige Anmerkungen zum Verhältnis von Norm und Geschichte am Beispiel des Auschwitz-Leugnens gem. § 130 Abs. 3 StGB*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2010, pp. 834-853; S. DIETZ,

una incriminazione delle condotte negazioniste a livello nazionale – spesso fornendo un esauriente panorama comparatistico –, queste indagini non hanno trattato – se non incidentalmente – dei rapporti tra questa fattispecie ed i due sistemi istituzionali che, nelle loro diverse finalità e geografie, coinvolgono la quasi totalità dei paesi del Vecchio continente. Da una parte, l’Unione europea, impegnata ad armonizzare in vari settori le discipline normative degli Stati membri. Dall’altra, la Corte europea dei diritti dell’uomo che, interpretando ed applicando uniformemente la Convenzione che l’ha istituita⁶, mira a garantire uno standard minimo di tutela dei diritti fondamentali.

Die Lüge von der “Auschwitzlüge” – Wie weit reicht das Recht auf Meinungsäußerung, in *Kritische Justiz*, 1995, pp. 210 ss.; H. BORGWARDT, *Die Strafbarkeit der “Auschwitzlüge”*, in H. OSTENDORF (a cura di), *Rechtsextremismus. Eine Herausforderung für Strafrecht und Strafjustiz*, Baden-Baden, 2009, pp. 233 ss.; B. ROHRSEN, *Von der “Anreizung zum Klassenkampf” zur “Volksverhetzung” (§ 130 StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert*, Berlino, 2009 pp. 206 ss.; C. VON DEWITZ, *NS-Gedankengut und Strafrecht – Die §§ 86, 86a StGB und § 130 StGB zwischen Abwehr neonazistischer Gefahren und symbolischem Strafrecht*, Berlino, 2006; T.R. SALOMON, *Meinungsfreiheit und die Strafbarkeit des Negationismus*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2012, pp. 48 ss.; L. PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*, in L. HENNEBEL, T. HOCHMANN (a cura di), *Genocide Denials and the Law*, cit., pp. 185-234 (reperibile anche online come “Jean Monnet Working Paper n. 10/09”); F. DUBUISSON, *L’incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le droit à la liberté d’expression?*, in *Revue droit Université Libre de Bruxelles*, 2007, pp. 135 ss. Tra i costituzionalisti, v. M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, pp. 41 ss.; ID., *L’incitamento all’odio razziale tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato*, in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, 2005, pp. 103 ss.; A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa, “Eichmann di carta” e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, pp. XIV ss.; J. LUTHER, *L’antinegazionismo nell’esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 1192 ss.; D. BIFULCO, *Negare l’evidenza. Diritto e storia di fronte alla “menzogna di Auschwitz”*, Milano, 2012; A. MERLI, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, 2008; I. SPIGNO, *Un dibattito ancora attuale: l’Olocausto e la sua negazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 1921 ss.; V. CUCCIA, *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Rassegna parlamentare*, 2007, pp. 857 ss.

⁶ Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, 4 novembre 1950 (di seguito “Convenzione” o “CEDU”).

Il presente lavoro centra il proprio fuoco proprio sulla dimensione europea del negazionismo, per cercare di colmare una lacuna evidenziata dagli approfondimenti dottrinali di cui si è appena fatta una sommaria ricognizione. Dunque, negazionismo ed istituzioni europee: perché? Innanzitutto, essendo l'oggetto di queste contestazioni – l'Olocausto – avvenuto nel cuore del nostro continente, si può affermare che l'Europa, in virtù di una sua speciale sensibilità sul tema, si trova in una posizione di prima linea nell'affermare la memoria di questo evento. Evento, tra l'altro, che si pone addirittura come momento fondativo delle stesse istituzioni europee, sorte dalle ceneri dei totalitarismi che hanno portato agli orrori del genocidio nazista per porre delle basi che possano garantire un "never again".

L'analisi delle legislazioni nazionali, di estrema importanza anch'essa, non sarebbe perciò sufficiente a mettere in luce il significato del negazionismo per l'Europa – quell'Europa che affonda le proprie radici e trova legittimazione nello scopo di perpetuare la pace e la concordia tra i popoli europei –. Ci si è posti l'interrogativo, dunque, di come potesse siffatta architettura istituzionale rapportarsi con espressioni che ne negano le fondamenta costitutive. Si tratta di un banco di prova della tenuta dei principi fondamentali solennemente dichiarati in altri campi e dei quali le istituzioni europee si proclamano difensori e custodi.

Due sono le Europee con cui si è dovuto fare i conti, portatrici – a quanto si pensava – di contrapposti stimoli circa le risposte sanzionatorie alla dinamica negazionista. All'ordinamento normativo dell'Unione europea, che esprime richieste di incriminazione volte a uniformare il livello minimo di tutela penale contro tali manifestazioni, si contrappone, perlomeno nel mandato istituzionale, la Corte di Strasburgo, che mira, attraverso le sue decisioni, a fissare un diverso standard minimo, stavolta rivolto alla protezione dei diritti fondamentali. Se da un lato, dunque, gli Stati sono chiamati ad estendere l'area di illiceità penale, dall'altro, devono rispettare il fulcro essenziale della libertà di espressione, così come identificato in via pretoria dalla Corte EDU. Si sarebbe portati a pensare che, in virtù delle loro differenti vocazioni, da questi due attori sarebbero promanati anche impulsi di segno – se non opposto – almeno in un qualche rapporto di tensione tra loro. Una spinta alla

incriminazione, da parte dell'Unione europea, controbilanciata da “paletti” in materia di diritti fondamentali, tracciati dalla Corte EDU.

Questo studio ha fatto emergere come la relazione tra questi due poli non sembri porsi in realtà in termini antitetici, bensì segua dinamiche repressive comuni che, anzi, si rafforzano e legittimano a vicenda. L'intreccio viene certo anche dal fatto che già da qualche decennio l'Unione europea ha inserito la protezione dei diritti umani tra le proprie finalità, potendosi così dichiarare anch'essa custode dei diritti fondamentali, arrogandosene così il compito di definirne i confini in concorrenza con le corti costituzionali degli Stati membri.

Soprattutto, però, sono le tendenze evidenziate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo a sorprendere il ricercatore, che si aspetterebbe linee guida severe sulla tutela della libertà di espressione. Con riguardo ai discorsi negazionisti, invece, non solo la Corte ha espresso una serie di enunciati che non si discostano sensibilmente dall'orientamento fatto proprio dall'Unione, ma si è persino spinta più in profondità negli orizzonti di repressione delle manifestazioni del pensiero: se l'Europa “bottegaia”⁷ del mercato unico promuove l'incriminazione del negazionismo “qualificato” – cioè limitato da taluni indici di offensività della condotta – l'organo di Strasburgo legittima confini punitivi ben più ampi, grazie ad una lettura estensiva della clausola sull'abuso del diritto prevista dall'art. 17 CEDU.

La caratteristica di questo potente strumento in mano ai giudici di Strasburgo è che, quando viene invocato in un caso al loro esame, rende superflua ogni necessità di bilanciamento tra interessi contrapposti, conducendo automaticamente – sulla sola base del *tipo* di opinioni – ad una pronuncia di inammissibilità. Nella varie fasi giurisprudenziali che si sono succedute nel trattamento europeo del negazionismo, il dato che emerge è dunque la sua *non bilanciabilità* con altri interessi, quasi che il suo bando penale toccasse un *tabù* incontestabile. Oggetto dello scrutinio di Strasburgo in questi casi, quindi, non sono tutte le circostanze del caso concreto né gli altri diritti che

⁷ L'espressione è di C.E. PALIERO, *Il sistema sanzionatorio ed i presupposti generali di applicazione delle pene*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 173.

possono entrare in conflitto con l'interesse della lotta anti-razzista; l'esame rimane confinato – in modo del tutto inusitato – ad una valutazione sommaria della natura delle espressioni così come già stabilita dai tribunali interni. Questo imbarazzo dei giudici europei a confrontarsi con il negazionismo ha ragioni profonde che verranno delineate nel capitolo conclusivo. Si tratta, certo, di individuare e rafforzare un comune sistema di valori, fondato su una memoria collettiva condivisa. Si tratta anche, però, di qualcosa che ha a che fare con la *ratio* sottesa alla disposizione sull'abuso del diritto, introdotta come “paracadute” aggiuntivo per difendere la democrazia dalle “correnti totalitarie”, come si legge nei lavori preparatori della Convenzione⁸. Il prosieguo dell'indagine darà conto di come questo iniziale modello esplicativo sia parzialmente superato, schiudendo gli orizzonti ad uno sviluppo più preoccupante. La Corte di Strasburgo sta infatti enunciando principi che prefigurano un diniego di tutela rispetto ad un numero crescente di espressioni, aventi in comune la contrarietà alla morale democratica del rispetto degli altri, della tolleranza e della pace. Che si pongono in radicale contrasto, insomma, con il nucleo di valori su cui gli ordinamenti europei stanno oggi tentando di rifondare la propria legittimità.

Riepilogando, lo scopo di questa indagine ruota intorno a due assi principali. Il primo è rappresentato dalla legislazione emanata dall'Unione europea per armonizzare le risposte (penali) a razzismo e xenofobia. In particolare, nel prossimo capitolo si procederà all'analisi della Decisione quadro 2008/913/GAI⁹, che tipizza espressamente la fattispecie di negazionismo. Considerando le riforme istituzionali apportate dal Trattato di Lisbona – che ha approfondito le competenze penali dell'Unione europea e che incrementerà la sua influenza in campo penale –, si tenterà di delineare l'esatto perimetro delle richieste sovranazionali di incriminazione, così da poter identificare la portata dei vincoli in capo agli Stati membri. L'interrogativo principale riguarderà l'esistenza, o meno, di un obbligo di incriminazione del

⁸ V. *infra*, § III.2.3.

⁹ Decisione quadro 2008/913/GAI del 28 novembre 2008 “sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, pubblicata in *Gazz. uff. Un. eur.*, L 328/55 del 6 dicembre 2008 (di seguito “Decisione quadro”).

negazionismo in quanto tale, cioè a prescindere da altre condizioni di pericolosità dell'espressione. Una volta appurato che tale vincolo non si estrinseca in un'opzione secca a favore di tale modello di fattispecie, saranno passati in rassegna i diversi "elementi opzionali del reato" che ogni Stato – ove animato dall'intento di ridurre l'area di illiceità penale discendente dai reati che si accinge ad introdurre – è libero di scegliere in fase di trasposizione della Decisione quadro. Questa analisi farà emergere le difficoltà di ognuna delle varie clausole addizionali previste, mettendo quindi in dubbio la stessa tenuta – dal punto di vista dei principi di laicità, tassatività ed offensività – della criminalizzazione del negazionismo "qualificato".

Il secondo perno dell'indagine, come anticipato, riguarda la giurisprudenza della Corte EDU in materia di negazionismo. Nonostante si possano identificare tre fasi distinte nella oramai trentennale sequenza di decisioni in questo settore, la risposta pervenuta da Strasburgo è sempre stata chiara ed univoca: tutti i ricorsi aventi ad oggetto restrizioni ad espressioni di negazione dell'Olocausto sono stati rigettati all'unanimità. Per giungere a questo risultato, la Corte ha sviluppato schemi argomentativi speciali, che derogano ai principi generali affermati in riferimento alla libertà di espressione. Sembrerebbe dunque che tali condotte, a prescindere da un loro bilanciamento con altri interessi contingenti, non possano godere della protezione della Convenzione. A partire dalle motivazioni presenti nelle decisioni, si tenterà di capire le ragioni che inducono i giudici europei a tenere questo atteggiamento di totale chiusura nei confronti della negazione dell'Olocausto. Si vedrà che non basta addurre un apparentamento di tali opinioni con gli ideali del razzismo, visto che questo nesso non è stato sempre oggetto di esame da parte degli organi di Strasburgo. Piuttosto, anche qui, come sopra anticipato, le ragioni sono legate al ruolo che la memoria dei crimini nazisti svolge nella legittimazione dei sistemi politici contemporanei. Anche la Corte, d'altra parte, nasce dalle macerie del nazismo; mettere in discussione tali atroci eventi, dunque, equivale a rinnegare e scuotere le stesse fondamenta valoriali su cui si regge l'edificio di Strasburgo.

Prima di entrare nel vivo di questa ricerca pare utile offrire, in questo capitolo introduttivo, alcuni elementi di contesto che possono contribuire a rendere più chiare le dinamiche di criminalizzazione entro cui si colloca il reato di

negazionismo. Innanzitutto sembra necessario definire con maggior precisione il concetto stesso di negazionismo, differenziandolo da quello contiguo di revisionismo. La linea di demarcazione tra queste due realtà epistemologiche – una assimilabile alla propaganda e priva dei crismi della ricerca accademica, l'altra facente parte integrante dell'approccio alla conoscenza delle discipline storiche – diviene il cardine essenziale che definisce l'area di illiceità penale, confinandola al primo tipo di condotta e tentando (vedremo se con successo) di salvaguardare la legittima critica dell'opinione dominante.

Il successivo snodo introduttivo passerà dal negazionismo come fenomeno al negazionismo come reato, che costituisce il fulcro di questo studio. Le tendenze repressive delle istituzioni europee, difatti, trovano il loro antecedente logico e cronologico nelle misure adottate dagli Stati che, a partire dalla fine degli anni '80, hanno iniziato a brandire lo strumento penale contro le espressioni in parola. Se è vero che la prima fattispecie mirata specificatamente al negazionismo sorge in Israele, è nel Vecchio continente che essa riscuote il maggior successo, a seguito di un effetto domino scatenato dai precursori in questo campo, vale a dire Germania, Austria e Francia. Tale fattispecie, dunque, è prettamente europea, sia perché si riferisce ad un evento avvenuto nel cuore geografico del continente, sia perché è in questo territorio che ha messo radici ed ha proliferato, finendo ad oggi per essere accolta dalla maggioranza dei paesi europei.

Negli ultimi anni nuove sfide e nuove sensibilità derivano dall'integrazione dei paesi dell'ex blocco sovietico. Ad un'espansione geografica dei confini dell'Unione europea si è accompagnato l'allargamento del campo di applicazione del reato di negazionismo, dovuto all'emersione di ulteriori esigenze identitarie e di legittimazione. Come l'Olocausto si pone al centro dell'identità dell'Europa continentale dell'ovest, così la memoria dei crimini commessi dai regimi legati all'ex Unione sovietica viene chiamata a rifondare su nuove basi la fisionomia delle democrazie nascenti dell'est europeo¹⁰. In

¹⁰ A. WAEHRENS, *Shared Memories? Politics of Memory and Holocaust Remembrance in the European Parliament 1989-2009*, DIIS Working Paper 2011:06, in <http://www.diis.dk> (ultimo accesso: 30 aprile 2013), la quale mette in luce come l'Unione europea stia tentando di riconciliare proprio queste due diverse memorie fondative, quella basata sull'Olocausto e quella che fa riferimento ai crimini dei regimi filo-sovietici.

parallelo, anche i due sistemi sovranazionali dell'Unione europea e della Corte EDU stanno progressivamente ampliando l'ambito di tutela penale dall'Olocausto ad una più lunga serie di drammatici fatti del passato, quali il massacro degli armeni del 1915, la carestia provocata dalle politiche staliniane in Ucraina, lo sterminio dei musulmani a Srebrenica e altri gravi crimini di simile magnitudine. Questi nuovi orizzonti rendono necessario ridefinire le passate acquisizioni dottrinali ed aggiornarne le conclusioni alla luce dei recenti sviluppi evidenziati in seno alle istituzioni europee.

L'ultimo elemento di contesto che si intende anteporre alla duplice indagine sopra tratteggiata concerne i *trend* più generali in cui la criminalizzazione del negazionismo sembra inquadrarsi. Da un lato, tali istanze repressive vanno di pari passo con una dinamica sovranazionale europea (se non globale) che, da almeno vent'anni a questa parte, vede il campo dei reati di opinione arricchire i propri componenti in nome della lotta a preoccupanti fenomeni. L'intensificarsi del razzismo e della xenofobia, la comparsa del terrorismo di matrice islamica e l'emersione di nuove istanze di tutela (ad esempio quella contro l'omofobia) hanno investito il diritto penale di forti domande – ed aspettative – di natura anche etica. Lo *ius puniendi* viene considerato, a torto o a ragione, uno strumento per conseguire più velocemente ed efficacemente risultati prima affidati al sistema dell'educazione e del pubblico dibattito – oggi forse ritenuti non più idonei ad affermare valori validi universalmente –. Anche l'incriminazione del negazionismo, specialmente di quello “allargato” a un novero di crimini aggiuntivi rispetto all'Olocausto, risponde allora all'esigenza di imporre (anziché insegnare) il rispetto di un valore etico, cioè il rispetto per la sofferenza altrui e, in ultima analisi, il rispetto dei diritti umani. Vedremo, allora, come anche in questo caso il diritto penale venga caricato di uno scopo eccentrico rispetto a quelli suoi tipici, consistente nel farsi portatore di una morale pubblica condivisa¹¹.

L'altra generale tendenza che fa da sfondo alla punizione del negazionismo è quella che vede aumentare l'importanza della memoria nel discorso pubblico contemporaneo. Il diritto viene così identificato – anche in questo caso – come

¹¹ Cfr., sul diritto penale quale veicolo di un nucleo etico condiviso, M. DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 3 ss.

lo strumento più adatto per ribadire la centralità di determinati eventi storici nel presente, combattendo il normale affievolimento e l'oblio che col trascorrere del tempo scolora la memoria. In una società che – sotto la spinta dei flussi migratori e della globalizzazione – sta perdendo progressivamente molti dei suoi riferimenti comuni, un tempo legati all'idea di nazione e di popolo, il diritto (non solo penale) viene dunque utilizzato in vari paesi per rinnovare, con la solennità e l'autorevolezza che gli sono proprie, il collante che tiene insieme le varie anime e componenti sociali. Anche l'Europa si trova a dover darsi un'identità, a maggior ragione nel momento in cui si parla di una sua integrazione non solo economica ma anche politica. Di qui il bisogno di “fissare” simbolicamente un “ordine mnemonico condiviso dei fatti del passato e dei valori che questa narrazione veicola”.¹² Ecco allora che le tendenze repressive sul negazionismo vanno lette insieme alle altre leggi volte a rendere presente, a confermare nel presente, un passato che non si vuol far passare.

In questa breve presentazione della ricerca condotta si vuole infine sottolineare l'ampio respiro, la rilevanza sistematica, del tema da noi prescelto. Come l'indagine tenderà di mettere in luce, gli stimoli europei verso l'incriminazione delle espressioni negazioniste non possono essere considerati un aspetto tutto sommato settoriale, inscrivibile entro le misure di lotta al razzismo. L'esito di questo processo, infatti, è destinato a plasmare il volto dell'Europa che verrà.

Si tratta insomma – profilo che chiama in causa il penalista – di indagare i percorsi e la fisionomia di un “diritto penale europeo” *in fieri*, i cui effetti vengono a manifestarsi in maniera sempre più penetrante negli ordinamenti interni. La legislazione europea tesa a combattere il razzismo (e quindi il negazionismo) ha infatti dimostrato una forte carica simbolico-espressiva, in cui le fattispecie penali risultano deviate dallo scopo primario di protezione del bene giuridico¹³, essendo volte principalmente a lanciare un messaggio di

¹² E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 7.

¹³ Sulla concezione del reato come offesa ad un bene giuridico v., per tutti, nella dottrina italiana, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, pp. 7 ss. (ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, pp. 539 ss.); F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; M.

disapprovazione verso certe ideologie¹⁴. Accettare questo tipo di dinamiche normative, quindi, significa anche schiudere le porte dell'ordinamento interno

DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, pp. 221 ss.; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974; G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Il diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985; D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, pp. 134 ss.; M. ROMANO, *sub* Pre-Art. 39, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Milano, 2004; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 3 ss.; F.C. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 468 ss.; L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976, pp. 96 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale : canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983. Nella letteratura tedesca, anch'essa vastissima, v. K. AMELUNG, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Francoforte, 1972; H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten: eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stoccarda, 1957; W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechen*, Francoforte, 1973; C. ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlino-New York, 1973; H.J. HIRSCH, *Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff*, in *Festschrift für Dionysios Spinellis*, I, Athen-Komotini, 2001, pp. 425 ss.; A. VON HIRSCH, W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003.

¹⁴ Come è noto, se nella letteratura nostrana la nozione di diritto penale simbolico ha connotati prevalentemente negativi, lo stesso giudizio *tranchant* non è condiviso dalla dottrina straniera. Su questo concetto, v., tra i molti, F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale: alternative di tutela*, Padova, 1984, pp. 3 ss.; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 430 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato: una introduzione*, Padova, 1996, p. 145, nota 73; J.L. DIEZ RIPOLLES, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo: l'analisi critica della Scuola di Francoforte: atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*, Milano, 2004, pp. 149 ss.; S. BONINI, *Quale spazio per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, pp. 491 ss.; ID., *Retorica, "simbolismo" e diritto penale: i possibili termini essenziali della problematica*, in G.A. FERRARI, M. MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale*, Milano, 2004, pp. 343 ss.; K. AMELUNG,

a modelli punitivi in contrasto con la concezione di un diritto penale di stampo liberale, che basa i suoi precetti su *fatti* offensivi del bene giuridico, non sulla pericolosità degli autori¹⁵.

2. Il fenomeno negazionista. Distinzione dal revisionismo

Senza voler soffermarci su temi storici che esulerebbero la presente trattazione, pare utile rendere il lettore edotto rispetto al significato di ciò che sarà in seguito chiamato, in breve, negazionismo, mettendone in luce le differenze con il contiguo concetto di revisionismo¹⁶.

L'importanza di tracciare una divaricazione tra revisionismo e negazionismo nasce anche dal fatto che gli autori ricondotti quest'ultima categoria tentano tenacemente di accreditarsi come revisionisti per la legittimazione che implicitamente deriva da questo termine. Esso infatti viene generalmente utilizzato per descrivere la messa in discussione di una teoria dominante largamente condivisa dalla maggioranza degli appartenenti a un medesimo settore culturale. I risultati scientifici in un certo settore, giunti ormai ad una sostanziale stabilizzazione, vengono quindi riletti e reinterpretati alla luce di nuove tesi esplicative o nuovi dati di fatto, riaprendo un dibattito su una questione fino ad allora considerata chiusa. Operazioni di questo genere sono

Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1980, pp. 19 ss.; W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, pp. 553 ss.; P. NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Strafrecht*, 1981, pp. 347 ss.

¹⁵ M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 267, in cui l'Autore ribadisce come il diritto penale riguardi fatti offensivi dei beni giuridici, "e non la 'pericolosità degli autori' o la loro carente educazione civica e morale disgiunta dalla realizzazione dei fatti lesivi, né la loro fedeltà ideologica (es. ad credo democratico, alla tolleranza, al rispetto per gli altri) in quanto tale".

¹⁶ Su tale distinzione, v. E. FRONZA, *La "protección penal de la memoria". Sobre el delito de negacionismo*, in P. EIROA, M. OTERO (a cura di), *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires, 2008, pp. 111 ss.; ID., *Profili penalistici del negazionismo*, cit., pp. 1034 ss.; D. BIFULCO, *Negare l'evidenza*, cit., pp. 15 ss.; E. KAYE, *The desecraters of memory: Holocaust denial, a marginal phenomenon or a real ranger? Methodology for confrontation*, International School for Holocaust studies, 1997.

l'essenza stessa del lavoro degli storici che, per loro natura, sono da definire revisionisti: per riprendere le parole di Angelo D'Orsi¹⁷, si tratta di un "lento lavoro collettivo di costruzione della conoscenza", di un "incessante lavoro di 'revisione', sulla base di nuove fonti, di tecniche perfezionate, di domande nuove a fonti già note". La conoscenza storica, dunque, "procede per accumulazione, correzione, integrazione". Il risultato finale, al termine del dibattito suscitato, consiste sovente in una rielaborazione parziale di teorie ortodosse che per questo riaffermano la propria sostanziale veridicità.

Il lavoro dei negazionisti è diverso. Aniché mirare alla ricerca di una verità storica sempre più accurata, la loro opera consiste nel negare scientemente l'esistenza di eventi passati, in pieno spregio delle risultanze fattuali. In una sorta di antisemitismo post-Olocausto che ne accomuna tutte le diverse correnti¹⁸, ignorando la vastità e la complessità della Shoah, i fautori del negazionismo si concentrano sulla contestazione di vari dettagli dell'enorme evento per sfidarne la veridicità e porlo come una grande menzogna escogitata dalla lobby ebraica. Al di là del fascino che da sempre circonda le teorie di cospirazione, il successo che riscuotono questi personaggi tra il pubblico può farsi risalire principalmente a due concause¹⁹. La prima è da ricercare nella complessità delle fonti riguardanti l'Olocausto, la loro innumerevole mole che mette in difficoltà gli stessi storici nel tentativo di darne una sistematica sufficientemente coerente e comprensiva. Naturalmente, nessun documento racconta l'intera storia; essa è frutto di un paziente lavoro di confronto e sistemazione di non agile spiegazione ai profani del metodo storico. L'evento normalmente detto Olocausto, insomma, risulterebbe da un mosaico di prove e documenti settoriali che nel loro insieme danno conto dei sei milioni di ebrei sterminati. In secondo luogo, il pubblico si scontra con l'incredulità e lo sconcerto di fronte ad un crimine talmente disumano che a fatica si può accettarne l'accadimento. Sarebbe insomma più facile accogliere delle tesi che

¹⁷ Angelo d'Orsi, *Negazionismo e Stato. La verità storica non s'impone per legge*, in *Liberazione*, 24 gennaio 2007.

¹⁸ P.P. POGGIO, *Nazismo e revisionismo storico*, cit., p. 97.

¹⁹ E. KAYE, *The desecraters of memory*, cit., pp. 8-9.

mettano in dubbio gli eventi piuttosto che porsi di fronte alle illimitate atrocità concepibili dalla mente umana.

L'operazione di disinformazione è facilitata dal fatto che le premesse per una sua riuscita sono da ricercarsi già nelle azioni compiute dai nazisti per occultare le prove di quanto stavano attuando²⁰. Sembra paradossale che l'annientamento degli ebrei, parte integrante delle dottrine razziali hitleriane, dovesse essere celato dai loro autori invece di esporlo al popolo come orgoglioso risultato delle politiche promesse; la ragione probabilmente risiede nella convinzione che uno sterminio talmente esteso non sarebbe stato compreso dalla pubblica opinione mondiale. Perciò, nel timore che una tale scoperta avrebbe scosso gli altri popoli e spinto le nazioni ad un'offensiva ancor più motivata, il regime nazista si adoperò per oscurare le proprie gesta assassine, gettando le basi per la successiva opera negazionista.

La prima pubblicazione in tal senso, dell'ex deputato socialista francese Paul Rassinier, risale al 1948²¹; accanto a quella di Austin J. App²², essa impostò in modo crudo e grossolano quegli argomenti che diventeranno poi il *leit motiv* della c.d. prima generazione di negazionisti. Partendo dall'assenza di prove scritte sull'ordine che Hitler diede per dare inizio alla "soluzione finale", giunsero a negare l'esistenza di un piano per lo sterminio degli ebrei, dei quali sarebbe invece stato concepito il solo espatrio; il numero delle vittime fu inoltre messo in dubbio, insieme all'affidabilità dei testimoni; infine, sostennero che anche ammettendo l'esistenza di qualche uccisione, essa fu dovuta all'opposizione fatta dagli ebrei contro il Governo tedesco fin dalla crisi economica del 1933.

Come messo in evidenza da Deborah Lipstadt²³, il campo dei negazionisti si è da allora evoluto ed ha raffinato il suo *modus operandi*, rendendo non più sostenibile la tesi secondo cui essi non rappresenterebbero che una ridotta frangia di estremisti le cui argomentazioni cadono ben al di fuori del discorso storico comunemente accettato. In questa seconda fase, i negazionisti cercano

²⁰ E. KAYE, *The desecraters of memory*, cit., p. 5.

²¹ P. RASSINIER, *Le passage de la ligne*, 1948.

²² J.A. APP, *The six million swindle*, 1965.

²³ D.E. LIPSTADT, *Denying the Holocaust: the growing assault on truth and memory*, cit., pp. 66-67.

di accreditare la loro opera come un lavoro di seria ricerca storica. I libri e le riviste pubblicati hanno assunto una forma accademica, tentando di infiltrarsi nell'arena del dibattito storico.

Lo spartiacque con la seconda generazione è rappresentato dal libro *The Hoax of the Twentieth Century*, scritto da Arthur Butz e pubblicato nel 1977. In ideale congiunzione con l'opera di Robert Faurisson²⁴, furono date al negazionismo quelle caratteristiche di teoria accademica che mancava nei brevi e semplici libretti precedenti. Anche il sempre presente antisemitismo mutò forma e divenne più sottile ed insidioso: gli autori non intrapresero più il tentativo di giustificare lo sterminio ebreo sulla base di una loro opposizione al regime nazista, né spesero parole concilianti con il Governo di Hitler. Per ingraziarsi la benevolenza del lettore, ed apparire al contempo studiosi obiettivi, nelle opere succedutesi a partire dalla fine degli anni '70, i negazionisti premettevano la loro personale distanza dalle teorie razziste e il loro rigetto dell'antisemitismo. Il comportamento della Germania nazista fu insomma tremendo nei confronti degli ebrei, *tuttavia* nessun Olocausto ebbe mai luogo. Ecco che le dottrine acquistano il fascino e l'autorevolezza tipici dei lavori accademici, lo *status* di teorie vere e proprie e non quello di mera propaganda attribuito ai lavori della prima generazione di negazionisti²⁵.

Mutato il metodo, i contenuti delle affermazioni si rivelano sostanzialmente coincidenti con i consueti cavalli di battaglia. L'esistenza dell'Olocausto viene messa in dubbio attraverso una sistematica opera di sconfessamento di dettagli circoscritti rispetto alla vastità dell'evento: i loro argomenti si concentrano sulla mancanza di prove concernenti le camere a gas e l'uso del gas Zyklon B contro esseri umani, fino a contestare la sistematica distruzione della popolazione ebraica e l'attendibilità dei testimoni. Avendo come obiettivo la formazione della pubblica opinione, i loro mezzi di comunicazione preferiti

²⁴ Robert Faurisson, professore di letteratura francese all'università di Lione, pubblicò nel 1979 una serie di articoli sul quotidiano *Le Monde* legittimando le teorie negazioniste in Francia.

²⁵ Altri individui o gruppi fautori delle teorie in parola, qui omessi, sono David Ingrid, Ernst Zündel, Fred Leuchter e Bradley Smith, Thies Christopherson, Richard Harwood, il Partito nazionalsocialista australiano, l'Adelaide Institute in Australia e l'Institute for Historical Review negli USA.

diventano i mass media quali la televisione e la partecipazione ai talk-show, la pubblicazione di pamphlet, di opuscoli, di volantini ciclostilati o la creazione di pagine web.

Non bisogna però commettere l'errore di pensare all'orientamento negazionista come ad una scuola unitaria: pur accomunati da una radice di antisemitismo, gli autori accolgono diversi paradigmi fondati alternativamente sulla negazione *tout court* degli eventi, sulla loro giustificazione o sulla loro relativizzazione con altri simili genocidi al fine di minimizzarli. In particolare, va distinto il negazionismo fattuale – diretto a contestare l'esistenza stessa degli eventi – da quello interpretativo, che senza attaccare i fatti nel loro accadimento ne distorce i nessi causali, tentando di attenuare le colpe attribuite al partito nazista distribuendole ad altri attori²⁶.

L'effetto generato in questo modo è di confondere il vero con il falso, la realtà con la finzione, invertendo i valori e facendo apparire la storiografia dominante come una semplice opinione controversa²⁷. Analogamente all'opera di disinformazione propria dei regimi totalitari, essi mirano a costruire un mondo fittizio, irreali, capace grazie alla sua coerenza interna di presentarsi come una plausibile alternativa alla realtà²⁸. Per questo la seconda generazione di negazionisti ha reso la diffusione delle proprie tesi particolarmente subdola e pericolosa spingendo gli Stati a prendere iniziative difensive che hanno coinvolto anche il diritto penale.

3. Le dinamiche di incriminazione in atto nel continente europeo

3.1. Sguardo d'insieme sull'emersione del reato di negazionismo negli ordinamenti nazionali

Prima di diventare oggetto di politiche comunitarie e di sentenze della Corte di Strasburgo, il reato di negazionismo si è sviluppato nell'ambito degli

²⁶ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. XIV ss.

²⁷ E. FRONZA, *Profili penalistici del negazionismo*, cit., pp. 1034 ss.

²⁸ P.P. POGGIO, *Nazismo e revisionismo storico*, cit., p. 104.

ordinamenti giuridici nazionali. Sarà a questi che in prima istanza sarà quindi dedicata la nostra attenzione. Tuttavia, come anticipato, non è lo scopo primario di questa tesi quello di fare un'analisi comparatistica della fattispecie in discorso; il presente paragrafo rimane limitato a fornire un quadro d'insieme del fenomeno punitivo che la riguarda, dando conto – a grandi linee – non solo della legislazione approvata ma anche degli indirizzi dei massimi organi giurisdizionali dei singoli Stati²⁹.

Sebbene il primo paese ad aver inserito una norma penale espressamente diretta contro il negazionismo sia stato Israele nel 1986³⁰, questo tipo di condotta veniva già punito in alcuni paesi europei mediante l'utilizzo di altre fattispecie più ampie, tra cui – in Germania – il vilipendio alla memoria dei defunti (*Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*, § 189 StGB), l'incitamento all'odio (*Volksverhetzung*, § 130 StGB) e la diffamazione

²⁹ Per un panorama comparato più completo, v. T. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Etude de droit comparé*, Parigi, 2013; C. CLOSA MONTERO, *Study on how the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europe is dealt with in the Member States*, January 2010 (studio commissionato dalla Commissione europea); v. altresì, anche se non aggiornatissimi, R. KAHN, *Holocaust Denial and the Law. A Comparative Study*, New York, 2004; A. LAITENBERGER, *Die Strafbarkeit der Verbreitung rassistischer, rechtsextremistischer und neonazistischer Inhalte: Unter besonderer Berücksichtigung der Verbreitung über Netzwerke. Ein Rechtsvergleich*, Francoforte, 2003; EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Combating Racism and Xenophobia Through Criminal Legislation: The Situation in the EU Member States*, Opinion n. 5-2005, 28 novembre 2005; INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Étude comparative sur la négation des génocides et des crimes contre l'humanité*, 19 dicembre 2006. V., altresì, O. POLLICINO, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, pp. 85 ss.; P. BARGIACCHI, *Cenni sulle tendenze della prassi internazionale ed europea in tema di negazionismo*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2008, pp. 70 ss.; G. GAVAGNIN, *Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenophobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, pp. 199 ss.; K. LASSON, *Holocaust Denial and the First Amendment: The Quest for Truth in a Free Society*, in *George Mason Law Review*, 1997, pp. 35 ss.

³⁰ Denial of Holocaust (Prohibition) Law, 5746-1986, pubblicata in *Sefer HaChukkim*, Number 1187 of Tammuz 9, 5746, 16 luglio 1986, p. 196.

(*Beleidigung*, § 185 StGB)³¹ e, in Austria, per mezzo di una norma generale contro le attività ad ispirazione nazista³².

Il salto di qualità avviene nei primi anni '90, quando – a fronte dell'insufficienza di un contrasto al fenomeno di guisa esclusivamente giurisprudenziale – un gruppo di Stati europei iniziano ad emanare legislazioni penali anti-negazioniste. È interessante notare come non esista un modello uniforme di incriminazione, ma ciascun ordinamento abbia forgiato norme dal contenuto precettivo originale.

In Germania, ad esempio, il reato di negazionismo è stato fatto oggetto di espressa incriminazione nel 1994, anno in cui il terzo paragrafo del § 130 StGB è stato emendato come segue:

Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost³³.

³¹ Fu nel 1985 che il codice penale tedesco si arricchì, al § 194, della fattispecie di “insulto alla memoria delle vittime del nazionalsocialismo”. Tuttavia, l'interpretazione insoddisfacente datane dalla Corte federale (*Bundesgerichtshof* – “BGH”), condusse a propendere, nel maggio 1994, per un emendamento al § 130 StGB che introducesse una fattispecie appropriata entro cui sono state inquadrare le successive espressioni negazioniste. V., sui casi di *Auschwitzlüge* antecedenti le riforme del § 130 StGB del 1994 e 2005, E. STEIN, *History Against Free Speech: The new German Law Against the “Auschwitz” – and other – “Lies”*, in *Michigan Law Review*, 1986, pp. 277 ss.

³² § 3g della *Verbotsgesetz* (la legge del 1947 che mette al bando il nazionalsocialismo). V., per i casi giunti sino alla Corte EDU, *infra* §§ III.4, III.5.

³³ Traduzione italiana: “Chiunque pubblicamente o durante una riunione esalta, nega o minimizza un atto del tipo di quelli previsti dal § 6 del Codice dei crimini internazionali [il genocidio], commesso durante il regime nazista, in modo atto a turbare la pace pubblica, è punito con la pena della reclusione fino a cinque anni o della multa”. Sulla modifica introdotta nel 1994 per permettere la punibilità dell'*einfache Auschwitzlüge*, v., ad esempio, D. BEISEL, *Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, pp. 997-1000; S. HUSTER, *Das Verbot der “Auschwitzlüge”, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, pp. 487 ss.; K. KÜHL, *Auschwitz-Leugnen als strafbare Volksverhetzung?*, in K. BERNSMANN, K. ULSSENHEIMER (a

Il legislatore tedesco ha optato, almeno apparentemente, per il reato di negazionismo “qualificato”, visto che la punibilità è subordinata alla capacità della condotta di porre in pericolo la pace pubblica. Inoltre, con una scelta in linea con quelle degli altri ordinamenti in questa prima fase di incriminazione, si è deciso di limitare la protezione penale ai soli crimini nazisti, con esclusione dunque di altri reati internazionali³⁴.

Un esempio che illustra, al contrario, come il negazionismo possa anche essere punito *in quanto tale* – cioè in assenza di un concreto accertamento di qualche condizione di pericolosità – viene dal sistema francese, il primo in Europa ad introdurre un’incriminazione espressa. Nel 1990 la *loi Gayssot* ha emendato la legge del 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa inserendo l’art. 24 *bis* che recita, al primo comma:

Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale³⁵.

cura di), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, Colonia-Berlino-Bonn-Monaco, 2003, pp. 103 ss.

³⁴ Nonostante la negazione dell’Olocausto sia oggi espressamente punita in Germania ai sensi del § 130 StGB, i giudici hanno talvolta ritenuto che queste dichiarazioni integrino, in concorso formale di reati, anche i §§ 185 e 189 (v., ad esempio, BGH, 12 dicembre 2000, 1 StR 184/00).

³⁵ Traduzione italiana: “Chiunque, in una delle modalità enunciate dall’art. 23, contesti l’esistenza di uno o più crimini contro l’umanità come definiti dall’art. 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale [di Normberga] e che sono stati commessi o da uno dei membri di una organizzazione dichiarata criminale ai sensi dell’art. 9 del suddetto Statuto, o da una persona ritenuta colpevole di tali crimini da una giurisdizione francese o internazionale è punito con la pena della reclusione da un mese a un anno o con una multa”. Cfr., su tale legislazione, gli esiti del caso *Faurisson* di fronte allo *Human Rights Committee* (“HRC”), l’organo delle Nazioni Unite deputato ad accertare il rispetto del Patto internazionale per i diritti civili e politici: HRC, *Faurisson v. France*, Communication n. 550/1993, UN Doc. n. CCPR/C/58/D/550/1993, 8 novembre 1996; per un suo commento, v. D. MCGOLDRICK, T. O’DONNELL, *Hate-speech laws: consistency with national and*

La condotta di “contestazione” di uno dei crimini enunciati dallo Statuto del Tribunale di Norimberga viene qui sottoposta a sanzione penale a prescindere dall’accertamento di un qualche elemento di pericolo indicato dal legislatore. Una precisazione si impone però relativamente al campo di applicazione della norma. Al contrario di quanto potrebbe dedursi dal tenore letterale del precetto, le corti francesi hanno precisato che, a rientrare nell’oggetto del reato non sono tutti i crimini contro l’umanità astrattamente sussumibili entro la definizione fornita dal menzionato Statuto di Norimberga, ma solo quelli commessi da coloro per i quali quel Tribunale internazionale fu istituito, vale a dire i nazisti³⁶.

Questi due esempi, Francia e Germania, attengono ancora a quella che può essere considerata la prima ondata di legislazione anti-negazionista in Europa, in cui possono distinguersi due modelli di incriminazione: quello “puro”, che prende di mira le espressioni di contestazione in quanto tali, e quello “qualificato”, che richiede invece il verificarsi di una qualche condizione di pericolo, quale può essere la minaccia alla pace pubblica. Naturalmente, si tratta di una schematizzazione di massima, essendo numerose le varianti che concernono i singoli elementi del reato, come ad esempio l’identificazione

international human rights law, in *Legal Studies*, 1998, pp. 453 ss. Anche la *Verbotsgesetz* austriaca del 1945 sulla proibizione del nazionalsocialismo punisce espressamente, in seguito agli emendamenti del 26 febbraio 1992, la negazione, la minimizzazione grossolana, l’approvazione o la giustificazione dei crimini nazisti, ma a prescindere da un provvedimento giurisdizionale di condanna già intervenuto nei confronti dei loro autori (v. F. MÜLLER, *The Nazi Prohibition Act in Relation to Freedom of Speech. A survey on Austrian Constitutional Law*, in *Revue en ligne “Etudes Européennes”*, dossier n. 9/2006, in <http://www.etudes-europeennes.eu/archives-completes/archives-completes.html> (ultimo accesso: 30 aprile 2013)). La stessa posizione è stata adottata in Belgio, v. l’art. 1 della legge 23 marzo 1995.

³⁶ È interessante notare che in Francia e in Belgio l’effettività della legislazione di contrasto al negazionismo è rafforzata da un peculiare meccanismo di *esercizio dell’azione penale*. Aniché essere di monopolio della pubblica accusa, si riconosce infatti un potere di iniziativa alle vittime o a determinate associazioni, che entreranno poi nel processo in qualità di parti civili. Cfr. M. VALDÈS-BOULOUQUE, *Les législations en vigueur en Europe*, in *La lutte contre le négationnisme. Bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 [...]*, in <http://www.vho.org/aaargh/fran/livres5/trichetruche.pdf> (ultimo accesso: 30 aprile 2013), p. 73.

delle modalità di condotta (negazione oppure *contestation* – che pare rimandare ad un concetto più ampio –, approvazione, esaltazione, apologia, giustificazione o minimizzazione grossolana).

Da allora, il discorso negazionista è stato esplicitamente bandito dalla maggioranza degli Stati del nostro continente. Il fatto però che uno Stato non abbia ancora adottato un’incriminazione espressa di tali espressioni non significa che le stesse non possano integrare altre fattispecie criminose già presenti nell’ordinamento. È il caso delle norme penali che sanzionano il c.d. *hate speech*, ormai presenti nella totalità degli Stati europei. Se è vero, quindi, che gli Stati europei rimangono fondamentalmente divisi quanto all’espressa incriminazione della negazione dell’Olocausto, è altrettanto vero che la stessa linea di demarcazione non può valere a priori per definire le aree in cui tali espressioni siano o meno vietate.

Uno dei paesi che, per il momento, ha deciso di mantenere invariato il suo sistema penale è il Regno Unito. Le espressioni di negazionismo potrebbero tuttavia rientrare nella legislazione di contrasto all’odio razziale, che così stabilisce:

A person who uses threatening, abusive or insulting words or behaviour, or displays any written material which is threatening, abusive or insulting, is guilty of an offence if:

(a) he intends thereby to stir up racial hatred, or

(b) having regard to all the circumstances racial hatred is likely to be stirred up thereby³⁷.

La condotta qui in esame sarebbe così soggetta all’accertamento di alcune condizioni aggiuntive, volte a selezionare come punibili soltanto i fatti connotati da un certo livello di pericolosità. Prima di tutto, la manifestazione del pensiero dovrebbe potersi qualificare come “minacciosa, offensiva o ingiuriosa”. In seconda istanza occorrerebbe verificare due requisiti alternativi, dati o dall’intenzione del soggetto agente di incitare all’odio

³⁷ Art. 18, comma 1, del *Public Order Act 1986*. Traduzione italiana: “Chiunque ponga in essere una condotta minacciosa, offensiva o ingiuriosa è punibile se: *a*) intende in tal modo incitare all’odio razziale, o *b*) avendo riguardo a tutte le circostanze la condotta appare idonea ad incitare all’odio”. V., in riferimento all’odio religioso, il *Racial and Religious Hatred Act 2006* del 16 febbraio 2006, in <http://www.statutelaw.gov.uk> (ultimo accesso: 30 aprile 2013).

razziale (o religioso), o dall'idoneità della condotta di incitare all'odio razziale (o religioso) valutata alla luce delle concrete circostanze di fatto³⁸.

L'illiceità penale è delimitata alle condotte di incitamento all'odio (e, talvolta, alla discriminazione o alla violenza) razziale anche in Olanda, Danimarca, Finlandia e – come sarà esposto nel prossimo paragrafo – Italia³⁹. Desta interesse la disposizione portoghese (art. 240, comma 2, c.p.): è l'unica tra quelle prese in considerazione che, pur tipizzando espressamente le condotte negazioniste, ne subordina la punibilità alla condizione che si riscontri un intento di discriminazione razziale.

A questa dicotomia riscontrabile tra gli orientamenti degli Stati della “vecchia Europa” si sono aggiunti negli ultimi anni ulteriori elementi di complessità, generati dall'ingresso nell'Unione europea dei paesi dell'ex blocco sovietico i quali hanno fatto emergere con chiarezza come questo tipo di fattispecie penali siano influenzate in maniera decisiva dal contesto storico del paese.

In quella che può essere definita come la seconda ondata di legislazioni anti-negazioniste, la peculiarità è data dall'espansione del novero dei crimini la cui negazione, giustificazione o minimizzazione è sottoposta a divieto penale. Gli ex paesi socialisti – in considerazione di un passato autoritario che le attuali forze politiche sentono il bisogno di condannare – hanno concepito l'incriminazione del negazionismo in modo allargato fino a ricomprendere, appunto, i crimini commessi dal passato regime sovietico. Hanno fatto questa

³⁸ In dottrina vi sono Autori che evidenziano la difficoltà di far rientrare le condotte negazioniste in queste ultime fattispecie, v. A. MARSHALL WILLIAMS, J. COOPER, *Hate speech, Holocaust denial and international human rights law*, in *European Human Rights Law Review*, 1999, p. 596; INSTITUTE FOR JEWISH POLICY RESEARCH, Report n. 3-2000: *Combating Holocaust denial through law in the United Kingdom*, 2000. D'altra parte, la *House of Lords* ha affermato l'identità dei valori garantiti dall'approccio inglese alla libertà di espressione con quelli sottostanti la c.d. *First Amendment doctrine* elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti (*Supreme Court of the United States* – “USSC”), cfr. l'opinione di Lord Keith in *Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd and others*, [1993] 1 All E.R. 1011.

³⁹ Artt. 137c, 137d e 137e del codice penale olandese. Una legislazione simile si riscontra anche in Danimarca (art. 266b c.p.) e Finlandia (art. 8 c.p., interpretato tra l'altro molto restrittivamente).

scelta, ad esempio, la Repubblica Ceca, la Polonia, l'Ungheria, la Slovacchia e la Lituania⁴⁰.

Ad aver esteso l'area di illiceità a condotte concernenti eventi ulteriori rispetto all'Olocausto, comunque, non sono stati solo i paesi dell'est europeo. Anche nell'Europa occidentale, il reato di negazionismo ha visto spostare in avanti i suoi confini andando ad abbracciare, in alcuni ordinamenti, la messa in discussione anche degli altri genocidi⁴¹ o dei crimini contro l'umanità⁴².

I confini del "discorso proibito" sono dunque in continuo avanzamento nell'ambito degli Stati europei. Un'interessante dinamica, che approfondisce le potenzialità repressive di queste norme, è rappresentata dal trattamento riservato alle espressioni diffuse per mezzo di internet⁴³. In virtù della scelta di alcuni ordinamenti di adottare un regime di giurisdizione tendenzialmente universale per gli atti compiuti nell'universo del *world wide web*, la punibilità non può essere del tutto esclusa neppure per le condotte poste in essere in paesi sprovvisti della relativa fattispecie incriminatrice, come dimostrano alcuni noti casi giudiziari⁴⁴.

⁴⁰ § 405 del (nuovo) Codice penale ceco, in vigore dal 1 gennaio 2010; artt. 1 e 55 della legge polacca che istituisce l'Istituto di memoria nazionale e la Commissione per la persecuzione dei crimini contro la nazione polacca, 18 dicembre 1998; art. 269(c) del codice penale ungherese, come emendato nel giugno 2010; art. 422(d) del codice penale slovacco; art. 170-2 del codice penale lituano, come emendato in data 15 giugno 2010. V., *amplius*, L. CAJANI, *Criminal Laws on History: The Case of the European Union*, in *Historein*, vol. 11, 2011, pp. 20-49.

⁴¹ Art. 607, comma 2, del codice penale spagnolo.

⁴² Tra gli altri, v. § 283, comma 5, del codice penale del Liechtenstein e art. 261 *bis*, comma 4, del codice penale svizzero.

⁴³ Cfr. sul tema D. FRASER, *On the Internet, Nobody Knows You're a Nazi: Some Comparative Legal Aspects of Holocaust Denial on the WWW*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, pp. 511 ss.

⁴⁴ V., ad esempio, la condanna a cinque anni di reclusione a carico di Ernst Zündel emessa il 15 febbraio 2007 da un tribunale in Germania, paese verso cui era stato espulso dopo quarant'anni di vita in Canada; la fattispecie di *Volksverhetzung* prevista dal § 130 StGB è stata ritenuta integrata da condotte avvenute sul web, visto che dal Canada Zündel curava un sito che diffondeva regolarmente materiale negazionista, naturalmente visibile anche dai terminali tedeschi (così come da quelli di tutto il mondo), v. <http://www.sueddeutsche.de/politik/urteil-gegen-neonazi-zuendel-fuenf-jahre-haft-fuer->

Rimane da fare cenno all'atteggiamento tenuto dai giudici nazionali nei confronti di queste norme incriminatrici, per capire se i principi ed i bilanciamenti applicati in materia di libertà di espressione siano o meno comparabili in ambito europeo. In sintesi si può dire che la menzionata spaccatura tra Stati che prevedono espressamente la punizione del negazionismo (quasi sempre accogliendo il c.d. modello puro di incriminazione) e Stati che preferiscono rimanere ancorati alle fattispecie generali contro l'*hate speech* viene confermata – se non approfondita – dagli arresti giurisprudenziali che si sono pronunciati sulla legittimità del reato. Malgrado le eterogenee motivazioni in punto di diritto, i massimi organi giurisdizionali di Olanda⁴⁵, Ungheria⁴⁶ e Spagna⁴⁷ hanno tracciato delle linee

holocaust-leugner-1.306448 (ultimo accesso: 30 aprile 2013). Un altro caso che dimostra come i confini territoriali del diritto non reggano più di fronte alle tecnologie di comunicazione attuali è rappresentato dalla vicenda del vescovo Richard Williamson, condannato il 16 aprile 2010 dal Tribunale di Ratisbona per aver negato l'esistenza delle camere a gas durante un'intervista destinata ad un canale televisivo svedese; i contenuti sono poi stati fatti circolare in rete dall'emittente svedese – secondo la difesa, senza il consenso dell'imputato – e dunque resi visibili anche sul suolo tedesco; di qui la condanna, v. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8625543.stm>. V., altresì, BGH, 12 dicembre 2000, 1 StR 184/00, in <http://www.jurpc.de/rechtspr/20010038.htm> (ultimo accesso: 30 aprile 2013), sentenza in cui l'organo tedesco di ultima istanza ha ritenuto applicabile il reato di negazionismo anche ad espressioni poste in essere all'estero, in lingua inglese, ma visibili dai pc situati in Germania. Per qualche riferimento sul c.d. caso *Toben*, che ha riguardato proprio questi aspetti, v. *infra*, § II.6.3.

⁴⁵ I giudici olandesi, nel condannare alcuni scritti o discorsi negazionisti, hanno valorizzato gli elementi di contesto per verificare la sussistenza del richiesto dolo specifico. Ecco alcuni esempi: *Hoge Raad* (Corte Suprema olandese), 27 ottobre 1987, n. AD0022, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1988, pp. 538 ss.; *Hoge Raad*, 25 novembre 1997, n. 105.393, *Siegfried Verbeke*, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1998, pp. 261 ss.; e, da ultimo, Corte di Hertogenbosch, 21 dicembre 2004, LJN n. AR7891, che riguarda il caso del creatore di un sito web di propaganda negazionista (v. EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Combating Racism*, cit., p. 81). Il 10 marzo 2009, al contrario, l'*Hoge Raad*, sent. n. 01509/07, ha assolto un imputato dalle accuse fornendo un'interpretazione restrittiva degli artt. 137c e 137d, basata sulla distinzione tra “insulto ad una religione” ed “insulto ad un gruppo religioso”. Essendo la prima condotta non compresa nella disposizione in esame, è stato assolto l'autore dell'affermazione: “Ferma il cancro dell'Islam!”. Un orientamento molto rigoroso da parte della giurisprudenza olandese in

tema di *hate speech* (*Rechtbank* di Amsterdam, 23 giugno 2011, n. 13/425046-09) è stato dimostrato anche nel processo – di ampia risonanza internazionale – contro il politico di estrema destra Geert Wilders, accusato di incitamento all’odio religioso *ex artt.* 137c e 137d del codice penale olandese per aver espresso affermazioni molto critiche contro l’Islam, arrivando a paragonare il Corano al *Mein Kampf* di Hitler. I giudici hanno assolto l’imputato ritenendo le espressioni appartenenti ad un più ampio dibattito sull’immigrazione e non riscontrando offese rivolte ad individui o a gruppi, bensì ad una fede religiosa; nemmeno hanno considerato provato il carattere di incitamento all’odio o alla discriminazione degli atti contestati. Per il testo integrale della sentenza, divenuta definitiva, v. [http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BQ9001 &u_ljn=BQ9001](http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BQ9001&u_ljn=BQ9001) (ultimo accesso: 30 aprile 2013).

⁴⁶ Corte costituzionale della Repubblica di Ungheria, 26 maggio 1992, n. 30, in <http://www.mkab.hu/case-law/translations> (ultimo accesso: 30 aprile 2013). Cfr., inoltre, le decisioni di incostituzionalità del 30 giugno 2008, sentt. nn. 95/2008 e 96/2008 che hanno impedito l’entrata in vigore di alcune modifiche legislative tese a rafforzare la normativa di contrasto agli insulti razzisti, argomentando che esse avrebbero finito con il restringere in modo sproporzionato la libertà di espressione. Si segnala, tuttavia, che il 22 febbraio 2010 il Parlamento ungherese ha approvato una legge che incrimina le condotte di negazione, contestazione o minimizzazione pubblica dell’Olocausto. Dall’8 giugno 2010 il reato è stato esteso ai “genocidi commessi dai regimi comunisti e fascisti” (v. <http://rt.com/politics/nazism-communism-hungary-equate> (ultimo accesso: 30 aprile 2013)).

⁴⁷ *Tribunal Constitucional de España* (“TC”), 7 novembre 2007, n. 235, *Varela*, in <http://www.tribunalconstitucional.es> (ultimo accesso: 30 aprile 2013), par. 7-8, che distingue tra la *negazione* di un fatto – che costituisce la mera espressione di un punto di vista, senza che ciò implichi un giudizio di valore – e la sua *giustificazione* – che, invece, conduce ad una sua relativizzazione o ad una negazione della sua anti-giuridicità. Il fattore determinante, secondo la corte, risiede nella circostanza che la fattispecie *ex art.* 607, comma 2, c.p. non esige(va) alcun elemento supplementare, ma incrimina(va) la mera trasmissione di opinioni, in sé neutra. La Costituzione spagnola non permette di colpire la *mera adesione ideologica* a delle posizioni politiche, di qualunque tipo siano, non conformandosi al modello delle c.d. “democrazie militanti”. Per questo, dichiarando illegittimo l’art. 607, comma 2, c.p. relativamente alla negazione, il TC salva la proibizione della condotta di giustificazione, purché operi come *istigazione indiretta* al genocidio e cioè ne implichi una provocazione. Sarebbe, quindi, che l’atto di giustificazione venga letto in un modo che lo assimila alla figura dell’*apologia*, della quale segue difatti l’interpretazione adeguatrice volta a smussarne gli aspetti di incostituzionalità (cfr., nel nostro ordinamento, la fondamentale sentenza della Corte costituzionale (“C. cost.”), 4 maggio 1970, n. 65, in *Arch. pen.*, 1971, II, pp. 15 ss., con nota di C. FIORE). Sulla sentenza del TC spagnolo, P. SALVADOR, A. RUBI, *Genocide Denial and Freedom of Speech*.

che combaciano tra loro quanto ai vincoli che ne derivano per i rispettivi legislatori interni. Il fattore comune risiede nella contrarietà della criminalizzazione del negazionismo “puro” con le pertinenti norme costituzionali sulla libertà di espressione. Anche il Consiglio costituzionale francese, pur senza pronunciarsi sulla suddetta *loi Gayssot*, ha di recente invalidato una disposizione tesa ad estendere il campo di applicabilità del reato di negazionismo ai “genocidi riconosciuti come tali dalla legge francese”,⁴⁸.

Comments on the Spanish Constitutional Court's Judgment 235/2007, November 7th, in *Review of the Analysis of the Law*, 2008, pp. 4 ss.; J.A. RAMOS VÁZQUEZ, *A declaración de inconstitucionalidad del delito de “negacionismo” (artículo 607.2 del código penal)*, in *Revista penal*, 2009, pp. 120 ss.; M.L. SUÁREZ ESPINO, *Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio*, in *InDret. Revista para el análisis del derecho*, n. 2/2008, in <http://ssrn.com/abstract=1371636>; C. CARUSO, *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/telescopio/0003_caruso.pdf (ultimo accesso: 30 aprile 2013); E. FRONZA, V. MANES, *Il reato di negazionismo nell'ordinamento spagnolo: la sentenza del Tribunal constitucional n. 235 del 2007*, in *Ius17@unibo.it*, n. 2/2008, pp. 489 ss.; I. SPIGNO, *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, cit., pp. 1921 ss.; J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit., pp. 1211 ss. Ne propone un confronto con la sentenza della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht* – “BVG”) del 1994 (v. nota 49), giunta ad una soluzione “diametralmente oppost[a]” rispetto a quella dell'omologo organo spagnolo, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., pp. 223-236. Per un precedente conforme, cfr. TC, 11 novembre 1991, n. 214. Il caso *Varela* ha avuto degli sviluppi anche di fronte alla Corte EDU, v. *Varela Geis c. Espagne*, 5 marzo 2013, 61005/09.

⁴⁸ *Conseil constitutionnel, Décision*, 28 febbraio 2012, n. 2012-647 DC, relativa alla legge n. 52 adottata dal *Sénat* il 23 gennaio 2012 e volta a reprimere la contestazione e la minimizzazione grossolana dei genocidi riconosciuti come tali dalla legge francese (per ora, oltre ai già protetti crimini nazisti, solo il genocidio armeno). V., per un commento, L. PECH, *Lois mémorielles et liberté d'expression: De la controverse à l'ambiguïté. Note sous la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-647 DC du 28 février 2012*, in corso di pubblicazione in *Revue française de droit constitutionnel*; A. CALIGIURI, *La questione della negazione del “genocidio armeno” in una recente decisione del “Conseil Constitutionnel”*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pp. 396-401.

Sul fronte opposto si posizionano le corti costituzionali di Germania⁴⁹ e Belgio⁵⁰, che hanno confermato le soluzioni legislative sottoposte al loro esame con motivazioni che sembrano legittimare una valutazione di *pericolosità in sé* delle affermazioni negazioniste.

Nella topografia del negazionismo vanno citati anche alcuni altri casi, per così dire “atipici”, che hanno contribuito a fare la storia giudiziaria di questa fattispecie. Basti qui ricordare la sentenza pronunciata dalla Corte Suprema canadese nel caso *Zündel*, in cui è stata dichiarata incostituzionale la fattispecie entro cui era stata sussunta la sua condotta, cioè la diffusione di notizie false (art. 181 c.p. canadese⁵¹); e la causa civile di diffamazione *Irving*

⁴⁹ V. il celebre caso *Auschwitzlüge* (bugia di Auschwitz), BVG, 13 aprile 1994, in *BGHZ*, vol. 90, pp. 241 ss., commentata in M.C. VITUCCI, *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell’asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 3390 ss.; W. BRUGGER, *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (parte 1)*, in *German Law Journal*, 2002, vol. 3, n. 12, pp. 20 ss., e *(parte 2)*, in *German Law Journal*, 2003, pp. 1 ss. Per un confronto con l’approccio della Corte Suprema degli Stati Uniti, v. R.A. KAHN, *Cross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech Law in the United States and Germany*, in *University of Detroit Mercy Law Review*, 2006, pp. 163 ss. Il § 130, comma 4, StGB è stato oggetto di scrutinio costituzionale anche di recente, in relazione al divieto imposto ad una manifestazione di ispirazione nazista: v. BVG, 4 novembre 2009, 1 BvR 2150/08, in http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20091104_1bvr215008.html (ultimo accesso: 30 aprile 2013); la sentenza, che considera il divieto un’eccezione inerente all’art. 5 della Legge fondamentale tedesca, sottolinea, comunque, come la legge non possa andare contro gli effetti “puramente intellettivi” della manifestazione di un’opinione. Su questa linea anche la decisione BVG, 4 febbraio 2010, 1 BvR 369/04, 1 BvR 370/04, 1 BvR 371/04, che ribadisce la protezione costituzionale delle opinioni al di là del loro intrinseco valore o della loro correttezza. Tuttavia, aggiunge la Corte di Karlsruhe, tale libertà va bilanciata con gli altri interessi rilevanti e, in particolare, con la dignità umana la quale, se violata dalla concreta espressione, deve farsi prevalere.

⁵⁰ *Cour d’arbitrage de Belgique*, 12 luglio 1996, n. 45, in *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 111 ss., con nota di F. RINGELHEIM. Si veda, tuttavia, una recente decisione sui reati di istigazione all’odio e alla discriminazione razziale: *Cour constitutionnelle de Belgique*, 12 febbraio 2009, n. 17, in *Moniteur belge*, 12 marzo 2009.

⁵¹ *R. v. Zundel* [1992] 2 RCS 731. Su questo processo v., ad esempio, L. SCAFFARDI, *Istigazione all’odio e società multietnica: il Canada e l’hate speech*, in G. ROLLA (a cura di), *Eguali, ma diversi: identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte*

v. *Penguin Books Limited and Lipstadt*, in cui il magistrato inglese ha rigettato la richiesta di risarcimento del danno avanzata da David Irving contro Deborah Lipstadt per le asserite affermazioni diffamatorie che quest'ultima avrebbe inserito in un suo libro sul fenomeno del negazionismo⁵². Vale anche la pena richiamare, poi, il caso *Skokie* avanti la Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1977, in cui venne ritenuta illegittima un'ordinanza comunale che vietava ad un'associazione nazista di tenere una manifestazione esibendo uniformi e simboli nazisti in un luogo prevalentemente abitato da ebrei⁵³; e,

suprema del Canada, Milano, 2006, pp. 163 ss.; C. BROWNING, *Law, History and Holocaust Denial in the Courtroom: The Zündel and Irving Cases*, in N. STOLZFUS, H. FRIEDLANDER (a cura di), *Nazi Crimes and the Law*, New York, 2008, pp. 197-215; L. DOUGLAS, *The Memory of Judgment. Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, New Haven-Londra, 2001, pp. 212-256; B.P. ELMAN, E. NELSON, *Distinguishing Zundel and Keegstra*, in *Constitutional Forum*, 1992-1993, pp. 71-78; M. PRUTSCHI, *The Zündel Affair*, in A. DAVIES (a cura di), *Antisemitism in Canada. History and Interpretation*, Waterloo, 1992, pp. 249-277; G. WEIMANN, C. WINN, *Hate on Trial: The Zundel Affair, the Media, Public Opinion in Canada*, New York-Londra, 1986; L.E. HILL, *The Trial of Ernst Zündel. Revisionism and the Law in Canada*, in *Simon Wiesenthal Center, Annual* 6, 1989, pp. 165-219.

⁵² *Irving v. Penguin Books Limited and Lipstadt*, High Court of Justice, Queen's bench division, 11 aprile 2000, n. 11996-I-1113. V. R.J. EVANS, *Lying about Hitler: History, Holocaust and the David Irving Trial*, New York, 2001; D. GUTTENPLAN, *The Holocaust on Trial: History, Justice and the David Irving Libel case*, New York, 2001; I. PATRONE, *L'Olocausto, il giudice inglese ed il "caso Irving"*, in *Quest. giust.*, 2000, pp. 747 ss.; M. MALENA, *Il caso Irving: libertà di pensiero o mistificazione della realtà?*, in *Quad. cost.*, 2006, pp. 116 ss.

⁵³ *National Socialist Party of America et al. v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977) (per curiam), su cui v., per tutti, D. GOLDBERGER, *Skokie: The First Amendment Under Attack by Its Friends*, in *Mercer Law Review*, 1978, pp. 761 ss.; A. NEIER, *Defending My Enemy: American Nazis, The Skokie Case, and the Risks of Freedom*, New York, 1979. Questo caso va valutato alla luce della dottrina elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti sulla libertà di espressione, incentrata sul *clear and present danger test*, che trova il suo fondamento ideologico – di chiara matrice illuminista – nel “free marketplace of ideas”, nel quale l'opinione più vicina alla verità sarebbe in grado di prevalere sulle altre in virtù, in un meccanismo analogo a quello della concorrenza in campo economico. Partendo dal beneficio che l'espressione porterebbe all'individuo ed alla società, e contando sulle capacità selettive del “libero mercato delle idee”, la USSC, fin dal *leading case*

infine, i due casi decisi dallo *Human Rights Committee: Faurisson v. France*⁵⁴ e *Ross v. Canada*⁵⁵, entrambi conclusisi con la convalida delle restrizioni nazionali attuate nei confronti di espressioni negazioniste o comunque a sfondo antisemita.

3.1.1. *Italia: l'assenza di una fattispecie specifica. I progetti di legge presentati*

Qualche nota va dedicata infine al nostro ordinamento in cui, sebbene con ricorrenza si sia affacciata l'idea di introdurre il reato di negazionismo, è a tutt'oggi assente una sua esplicita incriminazione⁵⁶.

rappresentato da *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), ha adottato un orientamento che si staglia, rispetto alle legislazioni europee, come quello che maggiormente tutela la libertà di parola. Solo talune ben individuate categorie di espressione, infatti, possono essere legittimamente proibite, seppure a determinate condizioni. Tra di esse l'incitamento a violare norme di diritto penale – la più rilevante ai nostri fini – viene sottoposta alle severe condizioni di essere “directed to inciting or producing imminent lawless action” e “likely to incite or produce such action”. Oltre al fatto che da più di 60 anni il supremo organo statunitense non conferma una condanna per simili imputazioni (cfr. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951) e *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942)), a dimostrazione della persistente validità di tale concezione si vedano i più recenti casi *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003) e *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

⁵⁴ V. *supra*, nota 35.

⁵⁵ HRC, *Ross v. Canada*, Communication n. 736/1997, UN Doc. n. CCPR/C/70/D/736/1997, 26 ottobre 2000, in cui viene ritenuto non contrastante con l'art. 19 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (concernente la libertà di espressione) la sanzione disciplinare della rimozione dal ruolo di insegnante di scuola pubblica di Malcolm Ross, una persona che aveva espresso, in ambiti extra-scolastici, opinioni caratterizzate da antisemitismo, tra cui presumibilmente scritti negazionisti (pur non essendo essi espressamente menzionati nella *Communication*, la loro sussistenza può essere dedotta dal titolo delle pubblicazioni di Ross).

⁵⁶ D. BIFULCO, *Negare l'evidenza*, cit., pp. 77-82, ipotizza che l'inerzia italiana sia dovuta al fatto che ancora non vi sarebbe una memoria chiara e condivisa – o non si vorrebbe ammettere le responsabilità – intorno al ruolo del governo italiano dell'epoca nel contribuire allo sterminio nazista degli ebrei. Più che a ragioni legate al valore della libertà di espressione e di ricerca storica o al livello non allarmante del discorso negazionista nel nostro paese, la perdurante assenza di un'incriminazione espressa del reato di negazionismo

Di un primo progetto di legge⁵⁷, di iniziativa dell'allora Ministro della Giustizia Clemente Mastella, si è avuto notizia nel gennaio 2007; tuttavia, poiché l'articolato non è mai stato approvato nemmeno dal Consiglio dei Ministri⁵⁸, se ne ha cognizione solo attraverso i resoconti giornalistici⁵⁹. Il testo originario, caldeggiato dalle comunità ebraiche⁶⁰, mirava ad introdurre nel codice penale un nuovo art. 414 *bis* che avrebbe punito con la pena della reclusione da 3 a 12 anni (e la sanzione accessoria della pubblicazione della sentenza di condanna su un quotidiano di diffusione nazionale) i reati di istigazione a commettere i crimini di genocidio e i crimini contro l'umanità, e di apologia dei crimini contro l'umanità⁶¹. La condotta di negazione "in tutto o in parte dell'esistenza di genocidi o di crimini contro l'umanità per i quali vi sia stata una sentenza definitiva di condanna da parte dell'autorità giudiziaria italiana o internazionale" veniva in rilievo in forma di circostanza aggravante⁶².

in Italia sarebbe da attribuire "all'incapacità della comunità politica di far fronte, con chiarezza d'intenti e con senso di responsabilità, al proprio passato storico" (*ibidem*, p. 79).

⁵⁷ Si segnala, in epoca ancora antecedente, un progetto di legge presentato dal senatore Athos De Luca, al quale fa riferimento A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., p. XX.

⁵⁸ Se ne rileva solo un'approvazione nel pre-Consiglio dei Ministri del 24 gennaio 2007.

⁵⁹ V. *Il Corriere della sera*, 20 gennaio 2007, p. 17; supplemento *Norme e tributi*, n. 24, allegato a *Il Sole 24 ore*, 25 gennaio 2007, p. 32; sito web dell'agenzia *Reuters*, 24 gennaio 2007, ore 9.56. Per un primo commento, v. D. PULITANÒ, *Sulla legittimità dei reati d'opinione nella proposta Mastella*, in *Quad. cost.*, 2007, pp. 371 ss.

⁶⁰ Le comunità ebraiche concordavano con il Ministro della Giustizia nel ritenere inaccettabile un diritto di negare l'Olocausto in quanto significherebbe "che quel che è stato documentato è falso. E quindi si tratterebbe di un'offesa alla memoria e alla storia" (v. la dichiarazione di Clemente Mastella riportata tra virgolette da Dino Martirano in *Il Corriere della sera*, 20 gennaio 2007, cit.).

⁶¹ Da *Norme e tributi*, n. 24, cit. Si osserva, tra l'altro, che i reati di istigazione ed apologia di genocidio erano comunque sanzionati dalla legge di ratifica della Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio; inoltre, in seguito alle modifiche introdotte all'art. 414 c.p. dal Decreto-legge n. 144/05, la punibilità era già stata estesa (con pene più severe) ai casi in cui l'apologia o l'istigazione riguardi i delitti di terrorismo o i crimini contro l'umanità. V. *infra*, § II.10.1.

⁶² Testo riportato da *Norme e tributi*, n. 24, cit.

A differenza della Decisione quadro che si esporrà in seguito⁶³, l'unica tipologia di condotta incriminata risultava essere la negazione, escludendo quindi l'ipotesi di minimizzazione grossolana ritenuta probabilmente troppo vaga dai legislatori del Ministero. L'inciso "in tutto o in parte" fa sorgere il dubbio sull'entità del dettaglio da negare ai fini della configurazione del reato; probabilmente anche negazioni di singole partecipazioni di specifici personaggi, o di eventi quali l'esistenza delle camere a gas in un dato luogo, sarebbero state ricomprese nella formulazione. Al contrario, le affermazioni giustificatorie, se non accompagnate da proposizioni dubitative rispetto all'ampiezza degli accadimenti, sembrerebbero escluse dal campo di applicazione dell'aggravante, al pari di quei crimini che, pur generalmente considerati accertati, non sono stati tuttavia giudicati da un organo giurisdizionale italiano o internazionale, ad esempio il massacro degli armeni⁶⁴. Si deve dare atto, infine, che la configurazione della fattispecie di negazionismo sotto forma di circostanza aggravante, come tale accessoria rispetto ai reati di istigazione o apologia di crimini contro l'umanità, parrebbe ridurre il rischio che a restare imbrigliati nelle maglie penali siano le discussioni accademiche o quelle aventi intenti meramente esplicativi o descrittivi.

Il progetto Mastella, comunque, è stato travolto dalle proteste della comunità degli storici⁶⁵ e quindi non ha mai visto la luce: il testo definitivo presentato alla fine in Parlamento presentava pochi caratteri di innovazione – sostanziosi nel ripristino delle fattispecie penali contro la discriminazione razziale nella formulazione in vigore prima della legge 24 febbraio 2006, n. 85 – e, comunque, non è mai stato approvato⁶⁶.

⁶³ V. *infra*, §§ II.6 ss.

⁶⁴ Giorgio Israel, in *Il Foglio*, 30 gennaio 2007, p. 2, aggiunge che per "la maggior parte dei crimini – ad esempio, il Gulag staliniano o la persecuzione degli ebrei nei paesi arabi [...] non vi è mai stata alcuna sentenza definitiva di condanna".

⁶⁵ Per le critiche all'iniziale formulazione, v. il "Manifesto di critica", in *L'Unità*, 23 gennaio 2007, e in *Il Corriere della Sera*, 26 gennaio 2007.

⁶⁶ Disegno di legge n. 1694, XV legislatura, presentato in Parlamento il 5 luglio 2007. Il compromesso uscito da una complessa trattativa tra le forze politiche presentava pochi caratteri di innovazione, sostanziosi nella reintegrazione del testo delle fattispecie penali

Di incriminazione del negazionismo si è tornati a parlare nell'autunno del 2010, in seguito alle polemiche sollevate dalla lezione di Claudio Moffa all'Università di Teramo⁶⁷, nonché in occasione della Giornata della Memoria del 2011, quando l'allora Ministro della Giustizia Angelino Alfano annunciò l'istituzione di un gruppo di lavoro "per valutare tecnicamente" la redazione di una norma penale *ad hoc*⁶⁸. Tali promesse, tuttavia, non si sono concretizzate in progetti legislativi concreti.

contro la discriminazione razziale in vigore prima della legge di depenalizzazione n. 85/2006 sopracitata. Estromesso ogni riferimento esplicito ai crimini contro l'umanità o alle condotte negazioniste, rimaneva l'istituzione all'art. 4 dell'Osservatorio sul fenomeno dell'antisemitismo nell'Italia contemporanea e l'adesione alla *Task force* internazionale per la promozione e il rafforzamento dei programmi educativi sulla *Shoa*. Come accennato, la parte penale del progetto legislativo riproponeva le fattispecie anteriori alla depenalizzazione ripristinando, da un lato, le pene più severe inizialmente previste, e dall'altro, i termini "incitamento" e "diffusione" al posto dei vigenti "istigazione" e "fare propaganda". L'unica novità riguardava l'estensione di queste previsioni alla discriminazione basata sull'orientamento sessuale o sull'identità di genere.

⁶⁷ V. la lettera di Riccardo Pacifici, presidente della comunità ebraica di Roma, a *La Repubblica* del 15 ottobre 2010; rispondendo a tale missiva, i Presidenti di Camera e Senato si sono detti pronti ad appoggiare le iniziative legislative tese ad incriminare la negazione dell'Olocausto, v. http://www.repubblica.it/cronaca/2010/10/15/news/shoa_letta_risponde_a_pacifici-8074517/index.html?ref=search (ultimo accesso: 30 aprile 2013). Si segnalano, anche in questo caso, le reazioni critiche di alcuni storici (v. A. PROSPERI, *Se le bugie negazioniste diventeranno un reato*, in *La Repubblica*, 16 ottobre 2010, in http://www.repubblica.it/cronaca/2010/10/16/news/shoah-negazione_reato-8109041 (ultimo accesso: 30 aprile 2013); S. LUZZATO, *Shoah vera o falsa? Non si decide per legge*, in *Il Sole 24 ore*, 17 ottobre 2010, p. 11 (il quale, rifacendosi alle argomentazioni del Manifesto del 2007, ritiene più confacenti allo scopo strumenti di carattere "culturale e sociale")). Un altro caso di negazionismo che ha fatto scalpore riguarda le dichiarazioni di Antonio Caracciolo, ricercatore all'Università La Sapienza di Roma, v. l'articolo di M. PASQUA, in *La Repubblica*, 22 ottobre 2009, reperibile in <http://www.repubblica.it/2009/10/sezioni/cronaca/prof-olocausto/prof-olocausto/prof-olocausto.html> (ultimo accesso: 30 aprile 2013).

⁶⁸ V., ad esempio, *Il Messaggero*, 24 gennaio 2011, in http://www.ilmessaggero.it/home_initalia/primopiano/giornata_della_memoria_alfano_il_negazionismo_diventer_reato/notizie/135919.shtml (ultimo accesso: 30 aprile 2013). Se la promessa ha incontrato il favore di Riccardo Pacifici, essa ha sollevato le critiche dell'Unione delle camere penali che

Un disegno di legge, passato quasi inosservato sulla stampa⁶⁹, è stato invece presentato nell'ottobre del 2012 da un nutrito gruppo di senatori di appartenenza politica trasversale⁷⁰. Per la prima volta, un intervento di questo genere è stato ricollegato – oltre che alla preoccupante crescita del fenomeno di negazionismo – alla necessità di ottemperare alla Decisione quadro 2008/913/GAI, che viene citata nella relazione al ddl al fine di dare dimostrazione di come una simile fattispecie sia stata ritenuta rispettosa dei diritti fondamentali dell'uomo anche da parte dell'Unione europea⁷¹.

Il progetto proponeva di introdurre un nuovo reato all'interno dell'art. 3, comma 1, della legge 13 ottobre 1975, n. 654 (meglio nota, dopo le modifiche del 1993, come “decreto Mancino”⁷²), volto a proibire alcuni tipi di espressioni concernenti i crimini di genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra, come definiti dagli Statuti della Corte penale internazionale e del Tribunale internazionale di Norimberga. Oltre all'apologia, la norma – con una formulazione piuttosto originale nel panorama europeo – intendeva colpire la negazione della “realtà”, della “dimensione” o del “carattere genocida” di tali gravi reati, a condizione che le condotte risultino idonee a turbare l'ordine pubblico o costituiscano minaccia, offesa o ingiuria.

l'hanno giudicata “in aperto contrasto” con la Costituzione, v. <http://www.romaebraica.it/tag/angelino-alfano>. Inoltre, un dissenso sull'introduzione di questa fattispecie è rilevato in seno alle stesse comunità ebraiche italiane, v. P. CONTI, *Il negazionismo un reato penale? Le comunità ebraiche si dividono*, in *Il Corriere della sera*, 24 gennaio 2011, p. 23.

⁶⁹ V. però i rilievi critici di G. DELLA MORTE, *Contro il reato di negazionismo. O, almeno, contro questo reato*, in http://www.huffingtonpost.it/gabriele-della-morte/contro-il-reato-di-negazi_b_2092908.html?utm_hp_ref=italy (ultimo accesso: 30 aprile 2013), che critica *inter alia* l'estensione eccessiva della fattispecie, che andrebbe a coprire anche crimini internazionali “minori” quali i crimini di guerra.

⁷⁰ Disegno di legge n. 3511, comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica (XVI legislatura) in data 8 ottobre 2012, primo firmatario Silvana Amati (PD).

⁷¹ Prima di questo disegno di legge, nonostante le intenzioni manifestate dal governo nella risposta scritta del 18 febbraio 2010 all'interrogazione parlamentare n. 4-00978 presentata da G. Quagliariello, nonché le sollecitazioni provenienti dall'interrogazione a risposta in Commissione, n. 5/03703, presentata da E. Fiano l'8 novembre 2010, non erano state presentate proposte di recepimento della citata Decisione quadro.

⁷² V. *infra*, § II.10.1.

Questi, dunque, i progetti di legge sull'incriminazione del negazionismo avanzati negli ultimi anni nel nostro paese. Malgrado nessuno di essi sia stato mai nemmeno discusso nelle aule parlamentari, ogni proposta ha alimentato un ampio dibattito sull'opportunità di introdurre una simile fattispecie. Prima di addentrarsi negli aspetti più tecnico-giuridici, ai quali sarà riservato il presente lavoro, sembra utile dare brevemente conto delle principali posizioni emerse al riguardo nel campo dei "laici".

3.1.2. *L'opportunità di una risposta penale: opinioni "laiche" a confronto*

In modo simile a quanto già avvenne in Francia nel 2005⁷³, un cospicuo gruppo di storici ha sottoscritto nel 2007 il c.d. manifesto dei 150⁷⁴ nel quale si esprime un forte disaccordo rispetto alla prospettiva di una legge che, impedendo di discutere un particolare aspetto della storia, limita a loro avviso la libertà di ricerca scientifica. Uno degli argomenti più ricorrenti attiene all'inadeguatezza dello strumento legislativo, ed in particolare di quello penale, per affrontare un fenomeno che si gioca su terreni culturali, educativi e informativi⁷⁵. Simili tesi, continuano gli oppositori ai progetti di incriminazione, sfidano il ridicolo e perciò vanno combattute con la critica, non con il codice penale; la constatazione poi che razzismo e antisemitismo si

⁷³ Ci si riferisce all'appello lanciato da Pierre Vidal-Naquet del 12 dicembre 2005, poi condiviso da molti altri, dove lo studioso opponeva le ragioni della libertà di ricerca storica rispetto all'esigenza di penalizzazione. Nello specifico, la Francia si apprestava ad estendere la c.d. *loi Gayssot* che incrimina la negazione o minimizzazione dell'Olocausto anche al genocidio degli armeni (*"Liberté pour l'histoire!"*, in *Libération*, 13 dicembre 2005).

⁷⁴ *Noi storici contro la legge che punisce chi nega la Shoah*, in *L'Unità*, 23 gennaio 2007, p. 27. Si tratta di una lettera aperta in cui una serie di docenti e ricercatori universitari - tra cui Marcello Flores, Enzo Traverso, Carlo Ginzburg, Claudio Pavoni, Sergio Luzzatto, Paul Ginsborg, Alessandro Portelli, Simona Colarizi - si sono detti "sinceramente preoccupati che si cerchi di affrontare e risolvere un problema culturale e sociale certamente rilevante (il negazionismo e il suo possibile diffondersi soprattutto tra i giovani) attraverso la pratica giudiziaria e la minaccia di reclusione e condanna".

⁷⁵ Anche l'ex rabbino capo della comunità ebraica di Roma Elio Toaff ha espresso un commento critico su una simile legge, ritenendo che "questi sistemi non diano risultati", intervista a *La Repubblica*, 24 gennaio 2007, reperibile, insieme ad altre opinioni sulla proposta Mastella del 2007 in <http://www.informazionecorretta.com/main.php?mediaId=999920&sez=120&id=19152> (ultimo accesso: 30 aprile 2013).

annidano nel degrado sociale e nell'ignoranza rendono ancora più evidente la necessità di una capillare campagna di informazione e formazione, evitando il rischio che i magistrati divengano i guardiani della storia⁷⁶. Già si profila all'orizzonte quella che, anche dal punto di vista giuridico, appare la più corposa controindicazione all'utilizzo del diritto penale, e cioè la commistione di ruoli tra giudice e storico; citando le parole di Vidal-Naquet, "in uno Stato libero, non appartiene né al Parlamento né all'Autorità giudiziaria definire la verità storica. La politica dello Stato, anche se animata dalle migliori intenzioni, non è la politica della storia"⁷⁷.

Non manca chi ribatte sostenendo invece la necessità di una legge che, oltre a coadiuvare un'azione culturale ritenuta comunque indispensabile, arresti un fenomeno che né le libere opinioni né la verità possono vincere. Tale opinione si fonda sulla natura del negazionismo che nulla avrebbe in comune con una posizione storica controcorrente, caratterizzandosi come falsificazione della realtà e istigazione all'odio verso gli ebrei⁷⁸. Di fronte a questo tipo di dichiarazioni lo storico, il letterato, l'uomo ragionevole sarebbe dotato di un'arma spuntata e si troverebbe a subire impotente un messaggio irrazionale diretto agli istinti e alle emozioni. Non sarebbe un duello ad armi pari perché diverse sono le regole adottate dai due contendenti.

Per questo, ad avviso di Bernard-Henry Lévy, non ci sarebbe un solo storico al quale la presente legge restringerebbe il campo di opinione essendo altre le espressioni alle quali essa mirerebbe. Anzi, continua, è l'opposto: "sono i negazionisti che impediscono agli storici di lavorare. Sono loro che, con falsificazioni e follie, confondono le piste e complicano le cose. È la legge, invece, a proteggere i ricercatori"⁷⁹. Quindi si afferma che l'introduzione della fattispecie non toccherebbe minimamente il lavoro degli storici; al contrario li tutelerebbe da opinioni che, non rispettando il loro metodo di lavoro e configurandosi invece come propaganda, non sarebbero in grado di affrontare.

⁷⁶ V. *Il Sole 24 ore*, 26 gennaio 2007, n. 25; *ItaliaOggi*, 25 gennaio 2007, p. 53; *Il Foglio*, 30 gennaio 2007, cit.

⁷⁷ Dichiarazione tratta dall'appello citato *supra*, nota 73.

⁷⁸ Agostino Giovagnoli, in *La Repubblica*, 30 gennaio 2007, pp. 42-43 e Bernard-Henry Lévy, in *Il Corriere della sera*, 29 gennaio 2007, pp. 12-13.

⁷⁹ Bernard-Henry Lévy, in *Il Corriere della sera*, cit.

D'altro canto, si obietta come già ci siano state incriminazioni simili in Italia e abbiano dato esito non incoraggiante. Se si pensa all'apologia di fascismo, vi è chi afferma che la sua presenza nell'ordinamento, insieme al clima poco propenso ad un aperto dibattito sul passato regime, abbia impedito per molti decenni di fare una serena storiografia del Ventennio e migliorare gli studi al riguardo⁸⁰. Ciò si deve all'estrema incertezza applicativa della fattispecie. Così gli storici, i quali "non sono una categoria di eroi impavidi"⁸¹, sarebbero portati ad astenersi da analisi innovative sul regime nazista o su alcuni aspetti dell'Olocausto per paura di poter incorrere in una condanna, come già avvenuto nel campo dell'apologia di fascismo.

Queste considerazioni appaiono assurde ai fautori dell'opposto orientamento secondo i quali "la storia è già scritta"⁸² e la legge contrasterebbe esclusivamente il tentativo di una sua negazione, non giungendo ad alcuna verità storica ufficiale o "di Stato". In più, si aggiunge, tale provvedimento sarebbe un segnale politico e morale forte della volontà di lottare contro le manifestazioni e gli atteggiamenti razzisti⁸³. All'argomento secondo cui la verità avrebbe la forza di difendersi da sola, e perciò ogni tentativo di tutela penale apparirebbe come un'implicita ammissione della sua debolezza e incapacità di resistenza alle falsificazioni, essi replicano affermando che di fronte ad una tal carica di odio antisemita o razzista anche la verità si troverebbe impotente.

A ciò si obiettano vari argomenti. In primo luogo, come già accennato, il risultato della criminalizzazione potrebbe essere controproducente visto che instilla il dubbio che la speciale protezione sia dovuta a una verità non

⁸⁰ Intervista di Marino Galdiero a Giordano Bruno Guerri, reperibile in <http://www.schermaglie.it/primopiano/126/la-shoah-conversazione-con-giordano-bruno-guerri> (ultimo accesso: 30 aprile 2013): "dove finiva e dove iniziava l'apologia di fascismo? Se uno diceva: però il regime ha sconfitto la tubercolosi, ha fatto delle città nuove, ha sconfitto la malaria in alcune zone, e via dicendo, era apologia di fascismo? Certamente no. [...] Si è dovuto aspettare trenta, quaranta anni [...] prima di arrivare a dire serenamente che il regime fascista ci fa schifo, in quanto nega la libertà, e quindi è contrario a quanto possiamo desiderare e volere, e però la tubercolosi è stata sconfitta...".

⁸¹ Intervista di Marino Galdiero a Giordano Bruno Guerri, cit.

⁸² Bernard-Henry Lévy, in *Il Corriere della sera*, cit.

⁸³ Agostino Giovagnoli, in *La Repubblica*, cit.

particolarmente resistente; inoltre, essendo caratteristica del diritto penale la sanzione “a campione”⁸⁴, quest’ultima non potrà che apparire come ingiusta punizione esemplare ed elevare il colpevole a martire della libertà il quale godrà tra l’altro della pubblicità offertagli dal processo.

In secondo luogo, una memoria stabilita per legge rischia di assumere un valore rituale, come il Natale, e quindi generare “una sorta di saturazione più che un approfondimento. Diventa una data tra le altre, da mettere nell’elenco dei riti annuali da celebrare”. Unitamente all’appellativo di “male assoluto” riferito all’Olocausto, ciò può fare assumere alla memoria di tali accadimenti un’accezione religiosa, mentre “la storia non tollera il discorso sul male assoluto perché tutto è relativo ai tempi e ai modi”⁸⁵.

In terzo luogo, limitare la libertà di esprimere opinioni dissenzianti nei confronti di gravi crimini del passato si colloca nella direzione di un trionfo del *politically correct*, eliminando quel pluralismo di idee che, si vedrà, sia la Corte europea dei diritti dell’uomo, sia la nostra Corte costituzionale giudicano la “pietra angolare” di una società democratica.

Si può dire, concludendo questa breve panoramica delle posizioni emerse nel corso del dibattito stimolato dalle varie proposte legislative di incriminazione, che le contrapposte scuole di pensiero si riducono sostanzialmente a una diversa considerazione delle espressioni negazioniste. Mentre chi è a favore di una loro criminalizzazione le considera, al più, un insulto rivolto alle vittime del genocidio, l’altra corrente le iscrive comunque entro la categoria delle opinioni storiche, per quanto ridicole e infondate. Da un lato, quindi, un’espressione antisemita diffamatoria, dall’altro una posizione legittimamente sostenibile. Nel proseguimento di questa indagine potrà

⁸⁴ V., ad esempio, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, 2° ed., 1997, p. 101: “È puramente illusorio, se non mistificatorio, pensare i poter combattere fenomeni di barbarie, culturale e non, con fattispecie di opinione. Anzi, la consequenziale punizione a campione [...] finisce per vittimizzare l’autore e, quindi, per fungere da fattore di possibile aggregazione di consensi intorno al fenomeno che si intendeva combattere”.

⁸⁵ Entrambe le citazioni sono tratte dall’intervista di Marino Galdiero a Giordano Bruno Guerri, cit.

notarsi, spogliando gli argomenti dei loro tecnicismi giuridici, che la dicotomia rimarrà proprio questa.

3.2. L'incriminazione della falsificazione storica come perno di una più ampia operazione mnemonica

Altri due elementi di contesto meritano di essere brevemente esposti, prima di passare all'esame degli obblighi provenienti dall'Unione europea e dei principi elaborati dalla Corte di Strasburgo in materia di negazionismo. Il negazionismo non è che un sintomo, infatti, di due più generali tendenze: da un lato, fa parte di un insieme di misure volte a costruire o rafforzare una memoria collettiva intorno a certi eventi del passato ritenuti fondamentali per l'identità di un certo gruppo sociale; dall'altro si inserisce in un *trend* multi-livello di limitazione della libertà di espressione mediante il diritto penale come reazione alle minacce poste da fenomeni quali il razzismo o il terrorismo.

Questo paragrafo intende mettere in luce come all'utilizzo dello strumento penale per combattere questo tipo di espressioni vada data una lettura più ampia, basata sul tema della "protezione penale della memoria"⁸⁶. Nonostante vi siano sempre stati rapporti tra diritto e storia, in tempi recenti questa relazione si è approfondita, coinvolgendo il più ampio concetto di "memoria", che fa riferimento alla "perpetuazione del passato nel presente" includendo nella nozione di storia anche il processo di rielaborazione del passato che avviene in un dato contesto sociale⁸⁷. Mentre la storia è la ricostruzione di ciò che non c'è più, una "rappresentazione del passato", la memoria è qualcosa in continua evoluzione, aperta alla dialettica del ricordo e dell'oblio, vulnerabile alla manipolazione e all'appropriazione, suscettibile di rimanere a lungo quiescente per essere periodicamente riportata alla luce⁸⁸.

⁸⁶ V. per tutti, su questo tema, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., pp. 1-11; ID., *The Criminal Protection of Memory*, cit., pp. 155-160.

⁸⁷ E. TRAVERSO, *Il passato: istruzioni per l'uso. Storia, memoria, politica*, Verona, 2006, p. 25.

⁸⁸ P. NORA, *Between Memory and History: Les Lieux de Mémoire*, in *Representations*, 1989, p. 8. Oltre a quella di Pierre Nora, fondamentali nello sviluppo del concetto di memoria

In questo rapporto tra storia e memoria si inserisce una terza variabile, il diritto. In una società in cui il ricordo di eventi del passato determinanti per la formazione di un'identità collettiva condivisa si va affievolendo, in una società in cui – a causa dei fenomeni della globalizzazione (o “mondializzazione”, nel senso attribuito al termine da Mireille Delmas-Marty⁸⁹) – vengono meno gli altri punti fermi, il sistema giuridico viene incaricato di un ulteriore compito: fissare, con la forza e l'autorevolezza che gli sono proprie, una determinata versione dei fatti storici.

Questo fenomeno, che va sotto il nome di “giuridificazione della storia”⁹⁰, è determinato dalla crescente importanza che la memoria riveste nello spazio pubblico, a partire specialmente dai processi internazionali di Norimberga e Tokyo, che possono essere considerati degli spartiacque nell'approccio giudiziario agli avvenimenti storici⁹¹. Di pari passo con questo rilievo

collettiva sono le opere di H. ROUSSO, *La hantise du passé: entretien avec Philippe Petit*, Parigi, 1998; M.J. OSIEL, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, New Brunswick, 1997; M. HALBWACHS, *La Mémoire Collective*, Parigi, 1950. Sul ruolo della memoria nello spazio pubblico ed i suoi rapporti con la storia, v. altresì P. NORA, *Realms of Memory: Rethinking the French Past*, New York, 1996; J. HABERMAS, *L'uso pubblico della storia*, in G.E. RUSCONI (a cura di), *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca*, Torino, 1987, pp. 98 ss.; A. ASSMANN, *Erinnerungsräume. Formen und Wandlungen des kulturellen Gedächtnisses*, Monaco, 2006; G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore: le memorie di un'Italia divisa*, Milano, 2011; A. GARAPON, *Chiudere i conti con la storia. Colonizzazione, schiavitù, Shoah* (2008), trad. it. di D. Bifulco, Milano, 2009; O. MARQUARD, A. MELLONI, *La storia che giudica, la storia che assolve*, Roma-Bari, 2008; M. LEGNANI, *Al mercato della storia. Il mestiere di storico tra scienza e consumo*, a cura di L. BALDISSARA, S. BATTELOSI, P. FERRARI, Roma, 2000; M. BATTINI, *Peccati di memoria: la mancata Norimberga italiana*, Roma, 2003; E. TRAVERSO, *Il passato: istruzioni per l'uso. Storia, memoria, politica*, cit.; ID., *L'Histoire comme champ de bataille*, Parigi, 2011; M. FLORES (a cura di), *Storia, verità, giustizia*, Milano, 2001; N. GALLERANO (a cura di), *L'uso pubblico della storia*, Milano, 1995.

⁸⁹ M. DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, cit., pp. 3 ss.

⁹⁰ V., sulle varie accezioni della nozione, G. RESTA, V. ZENO-ZENOCOVICH, *La storia “giuridificata”*, in ID. (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, pp. 11 ss.

⁹¹ A. WIEVIORKA, *Justice, Histoire et Mémoire. De Nuremberg à Jérusalem*, in *Droit et société*, n. 38, 1998, p. 59.

pubblicistico della memoria, il diritto si è andato a proporre come custode e difensore di tale nuovo interesse meritevole di tutela. Di conseguenza è emersa la necessità di sottoporre la storia ad un numero crescente di regole vincolanti.

In questo quadro vanno ricordate, per esempio, le *loi mémorielles* adottate in Francia. Si tratta di una serie di interventi diretti a plasmare il passato nel senso ritenuto più corretto (o conveniente) dalle forze politiche in quel momento al potere, o talvolta tese solo ad imporre degli imperativi di memoria. Basti qui citare la legge che ha istituito una “giornata nazionale della memoria” per commemorare le vittime dei crimini razzisti ed antisemiti dello Stato francese, rendendo omaggio, allo stesso tempo, ai “Giusti” di Francia⁹²; quella che ha ufficialmente “riconosciuto” che il massacro degli armeni avvenuto nell’Impero Ottomano durante la prima guerra mondiale costituisce un genocidio⁹³; quella che ha riconosciuto la tratta e la schiavitù come crimini contro l’umanità (la c.d. *loi Taubira*)⁹⁴; e, infine, la *loi Mekachera*, con cui si intendeva imporre nei programmi scolastici una versione positiva del ruolo francese nei suoi territori d’oltremare⁹⁵.

Da questo tipo di intervento, che Emanuela Fronza chiama “soft model” – molto in voga anche in Italia, seppur con accenti di minor pervasività⁹⁶ –, va

⁹² Legge n. 2000-644, 10 luglio 2000.

⁹³ Legge n. 2001-70, 29 gennaio 2001, “relativa al riconoscimento del genocidio armeno del 1915”.

⁹⁴ Legge n. 2001-434, 21 maggio 2001, “tesa al riconoscimento, da parte della Francia, della tratta e della schiavitù come crimini contro l’umanità”.

⁹⁵ Legge n. 2005-158, 23 febbraio 2005, “volta ad esprimere la riconoscenza della Nazione [...] ai francesi rimpatriati”.

⁹⁶ Un lungo elenco di leggi commemorative adottate nel nostro paese è fornito da G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit., pp. 19 ss., il quale parla al riguardo di “memoria bulimica, straripante, che rischia di favorire l’oblio”, e totalmente asservita agli scopi politici del momento (per questo, egli adotta l’espressione di “passato all’insegna dell’usa e getta” (*ibid.*, p. 82). In questo modo, tuttavia, “[d]a una memoria in grado di ridurre la complessità, di assorbire le spinte centrifughe di una rassicurante narrazione nazionale, si è passati a una memoria che si gonfia e si nutre di una incontrollata proliferazione di memorie identitarie” (*ibid.*, p. 39). Cfr., sull’istituzionalizzazione della memoria della Shoah nel nostro paese, M. BATTINI, *La Shoah: dentro e fuori la storia*, in S. MEGHNAGI (a cura di),

distinta la legislazione anti-negazionista, che costituisce un “hard model” in quanto non si limita ad imporre di ricordare, ma obbliga a ricordare *in un certo modo*⁹⁷. Un esempio di questo secondo approccio, proveniente ancora dalla Francia, è stato offerto dalla legge approvata dal *Sénat* il 23 gennaio 2012 che intendeva reprimere la contestazione dell’esistenza dei genocidi riconosciuti dalla legge (per il momento, si sarebbe trattato solo di quello armeno)⁹⁸. La legge, comunque, non è mai entrata in vigore, stante la dichiarazione di incostituzionalità da parte del *Conseil constitutionnel*⁹⁹.

Questo bisogno di ricordare, messo in luce anche da un recente studio della Commissione europea sulla memoria dei crimini commessi dai regimi totalitari¹⁰⁰, non riguarda solo gli Stati del nostro continente. Per limitarci ad alcuni esempi, basti fare menzione dei “giudizi per la verità” in Argentina, dove il processo penale non è celebrato al fine di giudicare un imputato ed eventualmente irrogare una pena, ma tende solo all’accertamento dei crimini commessi durante la dittatura militare, emettendo una sentenza che *stabilisca* incontestabilmente la verità sul passato¹⁰¹. Esigenze di memoria, in senso “costituente”, emergono anche dall’esperienza della Commissione sudafricana di verità e riconciliazione, che ha contribuito alla ri-fondazione di un sistema politico a partire da ideali condivisi nella società post-apartheid¹⁰².

Memoria della shoah: dopo i testimoni, Roma, 2007, pp. 3 ss., il quale dubita dell’utilità di “una memoria imposta per legge dello Stato”.

⁹⁷ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 9.

⁹⁸ Progetto di legge n. 52.

⁹⁹ V. *supra*, § I.3.1.

¹⁰⁰ C. CLOSA MONTERO, *Study on how the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europe is dealt with in the Member States*, cit.

¹⁰¹ Sui *juicios por la verdad*, v. E. MACULAN, *Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: l’esperienza dei “giudizi per la verità”*, in *Ind. pen.*, 2010, pp. 331 ss.; D. PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità? L’esperienza argentina*, in G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente*, Trento, 2009, pp. 99 ss.

¹⁰² Sui lavori di questa Commissione, v. A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005.

In conclusione, molti sono i contesti oggi in cui la memoria gioca un ruolo chiave. Solo in alcuni casi, con una propensione all'aumento, ciò chiama in causa il sistema giuridico, in particolare quello penale. Nell'esame del reato di negazionismo occorre dunque tenere a mente anche questo processo, al quale le istituzioni europee sono tutt'altro che estranee, visto che da tempo hanno inserito tra i propri *goals* quello di costruire una memoria condivisa tra i popoli del nostro continente¹⁰³. Anche le spinte all'incriminazione del negazionismo di cui tratteremo, allora, non possono che andare ad inquadrarsi in questi obiettivi – indubbiamente lodevoli; tutt'altra questione, tuttavia, se per raggiungerli sia opportuno fare ricorso allo strumento penale –.

¹⁰³ Cfr., ad esempio, il Programma di Stoccolma, adottato dal Consiglio europeo il 10 e 11 dicembre 2009, in OJ C 115, in cui si legge proprio che: “The Union is an area of shared values, values which are incompatible with crimes against humanity, genocide and war crimes, including crimes committed by totalitarian regimes. Each Member State has its own approach to this issue but, in the interests of reconciliation, the memory of those crimes must be a collective memory, shared and promoted, where possible, by us all. The Union must play the role of facilitator”. Dal 1989 al 2009 il Parlamento europeo ha approvato ben otto risoluzioni e due dichiarazioni in qualche modo riguardanti la memoria dell'Olocausto; tra queste, si ricordano a titolo esemplificativo: *Resolution on European and international protection for Nazi concentration camps as historical monuments*, B3-0208, 0218, 0218, 0228 e 0284/93, in *Official Journal of the European Communities* (OJEC), C 72/118, 15 marzo 1993; *Resolution on a day to commemorate the Holocaust*, B4-0866, 0883, 0885, 0897, 0900, 0903, 0920, 0927 e 0932/95, in OJEC C 166/132, 3 luglio 1995; *Resolution on Auschwitz*, B4-0501, 0509, 0511, 0517, 0529, 0533, 0534 e 0540/96, in OJEC C 141/209, 13 maggio 1996; 2005/12/13. *Resolution on remembrance of the Holocaust, anti-semitism and racism*, P6_TA(2005)0018, in OJEU C 253E, pp. 37-39; *Resolution on the 60th anniversary of the end of the Second World War in Europe on 8 May 1945*, P6_TA(2005)0180, in EJEU C 92E, pp. 392-394; *Resolution on European conscience and totalitarianism*, P6_TA(2009)0213, 2 aprile 2009 (in cui si legge, al considerando K: “whereas Europe will not be united unless it is able to form a common view of its history”, e al punto 10: “Believes that appropriate preservation of historical memory, a comprehensive reassessment of European history and Europe-wide recognition of all historical aspects of modern Europe will strengthen European integration”). V., altresì, il dibattito dal titolo “The future of Europe sixty years after the Second World War”, 11 maggio 2005, in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20050511+ITEM-016+DOC+XML+V0//EN&language=EN> (ultimo accesso: 30 aprile 2013).

3.3. Le attuali tendenze repressive (nazionali, europee ed internazionali) in materia di libertà di espressione

L'incriminazione del negazionismo non va vista isolatamente nemmeno da un altro punto di vista. Essa va ricondotta infatti ad una più generale tendenza che si riscontra a livello nazionale, regionale ed internazionale. Già da qualche decennio ormai gli Stati europei, attraversati trasversalmente da fenomeni razzisti ed antisemiti, dibattono sulle modalità più efficaci per contrastarli, attestandosi su soluzioni differenziate che si collocano, nondimeno, entro un *trend* di progressiva limitazione della libertà di parola per mezzo del diritto penale¹⁰⁴. Non si tratta di un'operazione indolore, neutrale rispetto ai principi cardine del sistema: ad essere minata è la complessiva fisionomia dell'equilibrio tra espressione lecita e proibita¹⁰⁵.

Tale fenomeno va di pari passo con l'impiego di figure criminose basate su modelli strutturali finora estranei a questo settore. Dall'osservazione delle fattispecie introdotte dai legislatori degli Stati europei, emerge infatti una preoccupante invasione del *paradigma del rischio* nel campo della libertà di espressione, minacciata da nuovi reati di opinione la cui portata anticipatrice della punibilità squarcia la soglia – già problematica – del pericolo astratto per dirigersi verso la prevenzione di un generico *clima*. La *glorification* e l'*encouragement of terrorism*¹⁰⁶ nel Regno Unito, ad esempio, costituiscono

¹⁰⁴ Questo *trend* viene sottolineato anche da A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988, pp. 22-23. Esso va tra l'altro posto in relazione con la crisi che vivono alcuni caratteri tipici dello *Stato di diritto* mentre assume i tratti dello *Stato di prevenzione*; cfr., su questa metamorfosi, M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3558 ss.

¹⁰⁵ La libertà di espressione, secondo R. DWORKIN, *Foreword*, in I. HARE-J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, cit., pp. v ss., avrebbe un carattere *indivisibile* che rende illusori i tentativi di escluderla per determinate eccezioni senza che ne venga intaccata inesorabilmente la complessiva forza di resistenza. Esprime simili preoccupazioni anche, I. HARE, *Crosses, Crescents and Sacred Cows: Criminalising Incitement to Religious Hatred*, in *Public Law*, 2006, spec. pp. 533 ss.

¹⁰⁶ *Terrorism Act 2006*, Section 1, (1), che punisce le dichiarazioni atte ad essere intese (*likely to be understood*) da alcuni o da tutti i membri del pubblico cui sono rivolte come *incoraggiamento* o altra *sollecitazione* (*other inducement*) alla commissione, preparazione o

un'efficace illustrazione del mutamento strutturale in atto. All'archetipo del pericolo astratto – basato su una presunzione di probabilità (o possibilità) che dall'espressione derivi la commissione dell'atto antigiuridico – tali fattispecie sostituiscono quello dei “reati di clima”¹⁰⁷, che fondano la punibilità della propaganda sulla sua capacità di creare un ambiente sociale ostile nel quale una condotta discriminatoria o terroristica possa apparire accettabile o giustificabile, fornendo linfa a nuovi attacchi di violenza. In questo modo il fulcro del reato si sposta dalla probabilità (o possibilità) di *commissione dell'atto* discriminatorio o terroristico, alla probabilità (o possibilità) che l'espressione *venga intesa* (cioè sia «*likely to be understood*») dai destinatari come una giustificazione di tali condotte¹⁰⁸.

istigazione di atti di terrorismo o di quelli previsti da tale legge come reato. Tra di esse è espressamente inclusa – *Section 1*, (3)(c) e (d) – la *glorificazione* della commissione o preparazione di tali atti (che sia futura, passata, o riferita in generale), insieme ad ogni altra dichiarazione dalla quale ci si possa ragionevolmente aspettare che il pubblico dedurrà che ciò che viene glorificato è glorificato come una condotta che dovrebbe essere emulata in quelle circostanze. La fattispecie di incoraggiamento è definita «latissima» da F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 663. Un altro reato che ha destato preoccupazioni per le sue ripercussioni sulla libertà di espressione, introdotto sempre nel 2006 nel Regno Unito, è l'*incitement to religious hatred* (*Part 3A* del *Public Order Act 1986* come emendato dal *Racial and Religious Hatred Act 2006*); v., nella letteratura italiana, C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., pp. 169 ss. e bibliografia ivi citata.

¹⁰⁷ Espressione ispirata da J.M. LANDA GOROSTIZA, “*Nuevos*” *crímenes contra la humanidad: el nuevo delito de lesa humanidad (artículo 607 bis CP 1995) desde una perspectiva intrasistemática*, in *Eguzkilore*, n. 17/2003, spec. pp. 115 ss.

¹⁰⁸ Anche la *House of Lords* ha evidenziato l'enorme difficoltà di distinguere se un commento si configuri come *a)* una mera spiegazione o un'espressione di comprensione verso un atto terroristico, oppure *b)* vada oltre e sia perciò da inquadrare come incoraggiamento, lode o glorificazione. Cfr. AA.VV., *Media Freedom Under the Human Rights Act*, Oxford, 2006, p. 531; E. BARENDT, *Incitement to, and Glorification of, Terrorism*, in I. HARE-J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, cit., pp. 445 ss.

Nemmeno l'elemento soggettivo del dolo, sfigurato nell'istituto anglosassone della *recklessness*¹⁰⁹, riesce a contenere le potenzialità illiberali delle fattispecie, che finiscono per porre a carico dell'autore il rischio che le sue espressioni vengano male interpretate da un pubblico magari diverso rispetto a quello cui erano originariamente dirette¹¹⁰. Così, il pericolo di commissione di un *fatto* delittuoso cede il posto al rischio – labilmente legato alle originarie intenzioni dell'agente – che la “parola” contribuisca al sorgere di un *clima* ostile che *può* costituire il terreno fertile per atti criminosi potenzialmente

¹⁰⁹ Per un panorama sulle problematiche suscitate dall'elemento soggettivo della *recklessness*, dai suoi confini con la *negligence*, e dalla tensione tra i suoi elementi della “consistenza” e della “giustificabilità” del rischio tra concezioni oggettive e soggettive, v., ad esempio, D.M. TREIMAN, *Recklessness and the Model Penal Code*, in *American Journal of Criminal Law*, 1981, pp. 281 ss.; L. ALEXANDER, *Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability*, in *California Law Review*, 2000, pp. 931 ss.; D.W. MORTEL, *On the Distinction Between Recklessness and Conscious Negligence*, in *American Journal of Comparative Law*, 1982, pp. 325 ss.; K.K. FERZAN, *Opaque Recklessness*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2001, pp. 597 ss. Nella dottrina italiana, v., per un'approfondito studio comparato dell'elemento soggettivo, che include un'analisi dell'ordinamento penale anglosassone, esaminando *de iure condendo* l'opportunità di adottare una forma di imputazione soggettiva intermedia tra dolo e colpa anche nel nostro sistema, F. CURI, *Tertium datur: dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003, spec. pp. 47 ss. e 240 ss.

¹¹⁰ Si nota infatti come i due elementi della *recklessness* – cioè la consapevolezza sia dell'esistenza del rischio, sia dell'irragionevolezza, date le circostanze, di correrlo – possano venire a dipendere da una terza parte, cioè il pubblico; ai fini dell'integrazione della fattispecie, infatti, è sufficiente che ci si possa ragionevolmente aspettare che la glorificazione di un certo atto sarà intesa dai destinatari come una condotta che dovrebbe essere emulata (c.d. *objective recklessness*). In questo modo, sfuma la distinzione con un reato colposo; v. D. MURRAY, *Freedom of Expression, Counter-Terrorism and the Internet in light of the UK Terrorist Act 2006 [...]*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2009, spec. pp. 42 ss. Su questo aspetto v., altresì, D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giust.*, 1970, fasc. 5-6, p. 200, che individua come uno dei profili problematici dell'accertamento di pericolo (concreto) nei reati di opinione proprio il fatto che tale valutazione possa venire a dipendere da circostanze esterne, quali ad esempio lo stato d'animo dell'uditorio.

fuori dall'orizzonte di rappresentazione/volizione del reo¹¹¹. Tenendo conto, poi, che la globalizzazione delle comunicazioni fa sì che gli effetti di un'espressione si possano produrre persino dall'altra parte del mondo¹¹², entrano in crisi, per *volatilizzazione del contesto di riferimento*, i consueti parametri cui si suole ancorare la valutazione di concreta pericolosità delle condotte.

Come anticipato, tale tendenza al restringimento della libertà di espressione attraverso il diritto penale trova riscontro anche a livello regionale ed internazionale, formando un intreccio normativo che ne rafforza la portata e contribuisce a spiegarne la diffusione globale. Rimanendo entro il nostro continente, è pertinente richiamare, accanto alla decisione quadro qui in esame, la Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo¹¹³, il cui art. 5 è dedicato alla *public provocation to commit a terrorist offence*¹¹⁴. Per gli Stati parte – tra i quali al momento non figura

¹¹¹ Non si richiede infatti che le espressioni debbano alludere ad un atto determinato, né che esso sia prevedibile nello specifico. Basta che i destinatari possano intenderle come una glorificazione degli atti di terrorismo in generale, la cui definizione si spinge fino ad includere le gravi azioni di danno alla proprietà, se dirette ad influenzare il governo o ad intimidire una parte della popolazione.

¹¹² Al di là delle comunicazioni attraverso internet – le cui peculiarità sono ben esposte in D. MURRAY, *Freedom of Expression*, cit., pp. 45 ss. – sembra che ad essere determinante, più che le caratteristiche dello specifico *medium* in sé, sia la complessiva globalizzazione che coinvolge anche l'informazione. Un illuminante esempio può essere tratto dal caso del pastore della Florida Terry Jones che aveva manifestato l'intenzione di bruciare il Corano in occasione della commemorazione dell'attacco terroristico al World Trade Center di New York. La situazione ha bene illustrato come un'espressione possa avere l'effetto di scatenare la violenza in contesti a migliaia di chilometri di distanza – in tal caso, in Pakistan, Afghanistan e, presumibilmente, anche in altri paesi a forte presenza islamica –. V., tra i molti, http://www.corriere.it/esteri/10_settembre_10/reverendo-jones-corano_a2321386-bc9e-11df-bb9d-00144f02aabe.shtml (ultimo accesso: 30 aprile 2013).

¹¹³ *Convention for the Prevention of Terrorism*, Council of Europe, 16 maggio 2005, *European Treaty Series*, n. 196.

¹¹⁴ Un'ulteriore esortazione agli Stati affinché proibiscano l'incitamento al terrorismo è venuta dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, con la Risoluzione n. 1624, UN Doc. S/RES/1624, 14 settembre 2005.

pienamente l'Italia¹¹⁵ – sorge il vincolo di punire ogni diffusione al pubblico di un messaggio che provochi il pericolo di commissione di atti di terrorismo. Sebbene la condotta debba essere compiuta con l'intento di promuovere tali reati, l'integrazione della figura criminosa avviene a prescindere dal fatto che l'espressione inciti direttamente ad atti di terrorismo. La disposizione richiede quindi di limitare la libertà di manifestazione del pensiero alla condizione, tutt'altro che stringente, di un generico pericolo che ne risultino incoraggiate le attività terroristiche, ad di là di una loro diretta sollecitazione (o persino menzione) da parte dell'autore. Essa si distingue dall'apologia e dall'istigazione, confermando l'abbandono dei loro (già deboli) punti di riferimento fattuali per il giudizio di pericolosità, proprio perché l'espressione può anche non riguardare specifici comportamenti illeciti. Il giudice, perciò, non dovrà più valutare la sua capacità istigatoria rispetto ad atti determinati, ma si troverà a decidere se, ad esempio, alcuni (facilmente ipotizzabili) discorsi religiosi o di politica internazionale siano idonei a scatenare generici atti di terrorismo.

Anche il diritto penale internazionale – passando all'ultimo piano normativo in considerazione –, dopo la prima applicazione concreta¹¹⁶ del crimine di *incitamento pubblico e diretto al genocidio*¹¹⁷, vive una fase di espansione

¹¹⁵ Pur avendo firmato la Convenzione in data 8 maggio 2005, l'Italia non ha ancora depositato alcuno strumento di ratifica.

¹¹⁶ La prima condanna per il reato internazionale di incitamento al genocidio si è avuta nel caso *International Criminal Tribunal for Rwanda* ("ICTR"), *Akayesu*, 96-4-T, *Judgement*, Trial Chamber ("TC"), 2 settembre 1998, confermata in appello da ICTR, 96-4-A, *Judgement*, Appeals Chamber ("AC"), 1 giugno 2001, sul quale v., nella dottrina italiana, S. ZAPPALÀ, *Condanna per istigazione al genocidio*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pp. 117 ss. A questa pronuncia si aggiungono, ad oggi, un'altra decina di condanne per incitamento al genocidio, sempre da parte dell'ICTR (tutte reperibili in <http://www.unictr.org>). Tra le ultime, ICTR, *Muvunyi*, 00-55A-T, *Judgement*, Retrial, 11 febbraio 2010; ICTR, *Kalimanzira*, 05-88-T, *Judgement*, TC, 22 giugno 2009.

¹¹⁷ L'incitamento al genocidio è un crimine internazionale previsto dall'art. 3, co. 1, lett. c), della Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con Risoluzione n. 260 A (III) del 9 dicembre 1948. Su questa fattispecie v., per tutti, J.D. OHLIN, *Incitement and Conspiracy to Commit Genocide*, in P. GAETA (a cura di), *The UN Genocide Convention: a commentary*, Oxford,

repressiva coerente con le tendenze sopra descritte. Senza poter qui affrontare compiutamente il tema, basti tener presente due elementi rivelatori. In primo luogo, l'*International Criminal Tribunal for Rwanda* (ICTR) nel c.d. *Media Trial*¹¹⁸ – un processo sulla responsabilità dei mass media nel genocidio ruandese – ha fornito un'interpretazione che, sebbene parzialmente corretta in appello, slabbra i confini dell'incitamento al genocidio, attenuando il requisito del carattere *diretto* della condotta. Inoltre, in base ad un orientamento che

2009, pp. 207 ss.; W.A. SCHABAS, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2° ed., Cambridge, 2009, pp. 319 ss.; ID., *Hate Speech in Rwanda: the Road to Genocide*, in M. LATTIMER (a cura di), *Genocide and human rights*, Aldershot, 2007, pp. 231 ss.; S. BENESCH, *Vile Crime or Inalienable Right: Defining Incitement to Genocide*, in *Virginia Journal of International Law*, 2008, pp. 485 ss.; F. METTRAUX, *International crimes and the ad hoc tribunals*, 2005, pp. 254 ss.; N. ROBINSON, *The Genocide Convention: a commentary*, New York, 1960, pp. 67 ss.

¹¹⁸ ICTR, *Nahimana et al.*, 99-52-T, *Judgement and Sentence*, TC, 3 dicembre 2003, parzialmente riformata in appello da ICTR, *Nahimana et al.*, 99-52-A, *Judgement*, AC, 28 novembre 2007. La decisione ha provocato un ampio dibattito in dottrina; v., tra i numerosi commenti, C.A. MACKINNON, *International Decisions: Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, in *The American Journal of International Law*, 2004, pp. 325 ss.; ID., *International decisions: Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza, & Ngeze: Case No. ICTR 99-52-A: International Criminal Tribunal for Rwanda, Appeals Chamber, November 28, 2007*, in *The American Journal of International Law*, 2009, pp. 97 ss.; D.F. ORENTLICHER, *Criminalizing Hate Speech in the crucible of Trial: Prosecutor v. Nahimana*, in *American University International Law Review*, 2006, pp. 557 ss.; C. FOURNET, *Commentary*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, vol. XVII, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 518 ss.; G.S. GORDON, "A War of Media, Words, Newspapers, and Radio Stations": the ICTR Media Trial Verdict and a New Chapter in the International Law of Hate Speech, in *Virginia Journal of International Law*, 2004, pp. 139 ss.; C. HENDERSON, *Mera propaganda o arma di genocidio? Ruanda: il caso dei "media dell'odio"*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 2654 ss. (parte 1) e pp. 3617 ss. (parte 2). Per i rilievi più critici v. H.R. DAVIDSON, *The International Criminal Tribunal for Rwanda's Decision in The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana et al.: the Past, Present and Future of International Incitement Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2004, pp. 505 ss.; A. ZAHAR, *The ICTR's "media" judgment and the reinvention of direct and public incitement to commit genocide*, in *Criminal Law Forum*, 2005, pp. 33 ss.; A. ZAHAR, G. SLUITER, *International Criminal Law: a critical introduction*, Oxford, 2008, pp. 185 ss.

desta ancora maggiori preoccupazioni, la categoria dei “reati internazionali d’opinione” viene arricchita di una nuova figura criminosa, di pura creazione pretoria, per la prima volta applicabile anche al di fuori dei contesti genocidiari ai quali era limitato l’incitamento al genocidio. Il mero *hate speech*, infatti, è stato ora elevato a condotta suscettibile di rientrare autonomamente tra i crimini contro l’umanità¹¹⁹. Attraverso questi percorsi giurisprudenziali, quindi, si espande l’area del penalmente rilevante, andando a sanzionare espressioni altrimenti consentite.

L’ampiezza di questi preoccupanti sviluppi è accentuata dal fatto che i loro effetti non rimangono confinati nei livelli normativi di rispettiva appartenenza i quali, anzi, si influenzano, rafforzandosi reciprocamente. La circolazione di tali modelli giuridici e precedenti giudiziari incide sulla nozione generale di libertà di espressione, favorendone una concezione di minor apertura che, inevitabilmente, va a pesare sugli equilibri nazionali in materia¹²⁰.

Ai fini della presente indagine sul reato di negazionismo, il quadro multilivello appena tracciato appare ancora più rilevante, visto che tali

¹¹⁹ L’affermazione che l’*hate speech* può rientrare nel crimine contro l’umanità di persecuzione si rinviene in ICTR, *Ruggiu (pleaded guilty)*, 97-32-I, *Judgement and Sentence*, TC, 1 giugno 2000; ICTR, *Nahimana et al.*, cit.; ICTR, *Bikindi*, 01-72-T, *Judgement*, TC, 2 dicembre 2008, confermata in appello da ICTR, *Bikindi*, 01-72-A, *Judgement*, AC, 18 marzo 2010. Cfr., su tale sviluppo giurisprudenziale, F. PICINALI, *Can the Crime of Persecution Encompass Hate Speech?*, in *Mexican Yearbook of International Law*, 2010, pp. 415 ss.; W.K. TIMMERMANN, *The Relationship between Hate Propaganda and Incitement to Genocide: a New Trend in International Law Towards Criminalization of Hate Propaganda?*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005, pp. 258 ss.

¹²⁰ Le decisioni dei tribunali penali internazionali, ad esempio, sono destinate ad influenzare l’interpretazione dei crimini internazionali data dai giudici interni, come dimostra il caso *Mugesera*, nel quale la Corte Suprema canadese ha superato un proprio precedente per aderire all’interpretazione dei crimini contro l’umanità fornita dai Tribunali penali internazionali. Cfr. *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 SCR. 100, spec. par. 137 ss.; per un commento v. J. RIKHOF, *Hate speech and international criminal law: the Mugesera Decision by the Supreme Court of Canada*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 1121 ss.

condotte, secondo talune ricostruzioni, possono addirittura costituire un crimine internazionale¹²¹.

¹²¹ Qualificando le affermazioni (anche negazioniste) del Presidente dell'Iran Ahmadinejad come *incitement to genocide* o come *hate speech* (che ora entra in veste di *persecution* tra i crimini contro l'umanità), ne sostengono la perseguibilità internazionale J.R. WEINER, *Referral of Iranian President Mahmoud Ahmadinejad and the Member State of the Islamic Republic of Iran to the United Nations [...]*, in *The International Journal of Punishment and Sentencing*, 2007, pp. 1 ss., anche in *Jerusalem Center for Public Affairs*, 2006; G.S. GORDON, *From Incitement to Indictment? Prosecuting Iran's President [...]*, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 2008, pp. 853 ss.; nonché la Risoluzione 20 giugno 2007, n. 411-2 della *House of Representatives* degli Stati Uniti. Ritiene invece che tali espressioni siano biasimevoli e pericolose ma non ammontino ad incitamento al genocidio, S. BENESCH, *Vile Crime or Inalienable Right*, cit., pp. 490 s.; T.E. DAVIES, *How the Rome Statute Weakens the International Prohibition on Incitement to Genocide*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2009, spec. pp. 258 ss., il quale nota però come si rischi in questo modo di politicizzare inappropriatamente il diritto penale internazionale. Cfr., altresì, W.A. SCHABAS, *Genocide*, cit., p. 334, che qualifica però le espressioni negazioniste come *hate speech* e non come *incitement to genocide*.

II. IL REATO DI NEGAZIONISMO NELL'UNIONE EUROPEA

1. Premessa

Il primo dei due sistemi in cui si intende vagliare la geometria del reato di negazionismo è quello rappresentato dall'Unione europea. Come vedremo, l'introduzione di questa fattispecie – promossa di recente – si iscrive in una più ampia politica comunitaria, perseguita già da svariati decenni, tesa a lottare contro tutte le manifestazioni di razzismo.

A differenza di quanto avviene nel quadro istituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – che verrà esaminato nel prossimo capitolo –, l'intervento dell'Unione non mira tanto a garantire la compatibilità delle normative nazionali con determinati principi generali. Lo scopo primario non è tanto quello di stabilire uno standard minimo relativo ai diritti fondamentali al quale le misure statali si devono conformare. L'azione dell'Unione in questo campo si configura in modo soprattutto propositivo, andando a concretizzarsi nell'emanazione di atti normativi diretti ad armonizzare la legislazione negazionista di tutti i paesi membri. In altre parole, se il mandato della Corte di Strasburgo è di controllare che, nella lotta al fenomeno negazionista, gli Stati attuino un ragionevole bilanciamento con la libertà di espressione – ponendo quindi dei limiti “negativi” alla risposta penale –, l'intervento dell'Unione europea ha contenuti “positivi”, nel senso che obbliga gli Stati ad introdurre un livello minimo di criminalizzazione.

In teoria, dunque, queste due istituzioni europee dovrebbero essere portatrici di due istanze in tensione tra loro, aventi l'effetto di restringere in entrambe le direzioni il margine di apprezzamento statale: da un lato, individuando un “tetto” massimo oltre il quale la norma penale violerebbe la libertà di espressione; dall'altro, tracciando una soglia minima di tutela, cioè un comune “pavimento” di condotte che devono essere oggetto di incriminazione. Naturalmente, essendo vario ed eterogeneo il panorama delle manifestazioni

riconducibili al negazionismo, lo spazio di discrezionalità permesso agli Stati – quel margine di scelta *tra tetto CEDU e pavimento UE* – dipenderà dal tipo di espressione in esame.

Nel prosieguo del lavoro verrà messo in luce come queste vocazioni istituzionali, in teoria tendenti ad obiettivi “a trazione opposta”, finiscano in realtà per integrarsi e coordinarsi tra loro, promuovendo e legittimando nel loro complesso le legislazioni anti-negazioniste. Basti pensare, al riguardo, che l’Unione europea vanta tra i suoi scopi – e tra i principi generali del diritto del quale il suo organo giurisdizionale si fa custode – la protezione dei diritti dell’uomo; d’altra parte, con il Trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (c.d. Carta di Nizza) ha assunto un valore giuridicamente vincolante, pari a quello dei Trattati istitutivi. Esistono perciò dei canali di comunicazione attraverso i quali i *dicta* della Corte di Strasburgo diventano cogenti anche per gli organi comunitari; vedremo, anzi, come si possa ormai parlare di un complessivo *spazio giuridico europeo*, in cui i principi elaborati entro un sistema diventano parte integrante dell’altro, in un processo di osmosi istituzionalizzato. Anche le norme di diritto comunitario, dunque, devono soggiacere ai principi elaborati dalla Corte di Strasburgo; tale influenza diventerà ancora più intensa nel momento in cui l’Unione aderirà finalmente alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, come previsto dall’art. 6, comma 2, del Trattato sull’Unione europea.

Per comprendere appieno gli effetti che gli atti dell’Unione sono in grado di produrre negli ordinamenti nazionali risulta necessario, in via preliminare, procedere ad un esame più generale dei rapporti tra tale sistema sovranazionale e il diritto penale interno. Ciò sembra tanto più opportuno considerati i notevoli mutamenti introdotti dal Trattato di Lisbona, che andranno ad influire sullo stesso regime giuridico del più importante atto adottato dall’Unione in materia di negazionismo, la Decisione quadro 2008/913/GAI.

Verranno dunque prima descritti i caratteri di questo strumento normativo europeo – le decisioni quadro – per dare conto, successivamente, delle influenze a livello nazionale del diritto comunitario antecedente alle modifiche di Lisbona. Questa prima sezione sarà conclusa dall’analisi del quadro attuale, con particolare riferimento al ruolo che ancora sarà in grado di

giocare la lotta al razzismo (e quindi al negazionismo) nell'ambito delle politiche dell'Unione europea. Si tenterà così di prefigurare la base giuridica per un futuro intervento europeo in questo settore e, soprattutto, di individuare i principi cui esso si dovrà attenere, in un'ottica che consideri il ricorso al diritto penale come una scelta di *extrema ratio*.

La seconda sezione si occuperà invece dell'analisi delle misure normative rilevanti per il tema del negazionismo. Un ruolo centrale sarà attribuito alla menzionata Decisione quadro 2008/913/GAI, di cui verranno esposte le disposizioni principali, inclusi gli "elementi opzionali" che gli Stati potranno scegliere di aggiungere alla fattispecie base di negazionismo per restringerne il campo di applicazione. Questa analisi fornirà gli strumenti per capire la tenuta pratica di queste condizioni di punibilità addizionali nell'anatomia del reato; in altre parole, si tenterà di vagliare l'effettiva percorribilità di un modello "qualificato" della fattispecie di negazionismo.

Lo sguardo verrà infine (brevemente) spostato sull'ordinamento italiano, la cui conformità alle disposizioni della Decisione quadro sarà sottoposta a verifica. Stante l'assenza di specifici provvedimenti di trasposizione di questa normativa europea, si indagherà la trama normativa vigente per accertare se il nostro Stato possa venire sanzionato per la sua inerzia o se invece esistano già norme sufficienti a soddisfare i requisiti posti dalla Decisione quadro.

Sezione I: Evoluzione istituzionale e mutamento del sistema normativo dell'Unione europea

2. L'influenza del diritto comunitario ante-Lisbona sul sistema penale interno

Fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹²², era affermazione comune in dottrina quella secondo cui l'Unione europea non fosse provvista di una espressa competenza penale¹²³. L'assunto, a suo tempo formalmente

¹²² Il Trattato di Lisbona, che «modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea», firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 e pubblicato in *Gazz. uff. Un. eur.*, n. 306/01, 17 dicembre 2007, è entrato in vigore il 1° dicembre 2009 dopo essere stato ratificato da tutti gli Stati membri (in Italia con la legge 2 agosto 2008, n. 130).

¹²³ Sul diritto penale dell'Unione europea la letteratura è ormai vasta. Tra quella italiana v., anche per ulteriori richiami, i contributi di A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2012, pp. 43 ss.; G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2307 ss.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005; A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989; S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, pp. 55 ss.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007; R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984; G. GRASSO (a cura di), *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998; S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea*, Padova, 1995; G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007; L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999; F. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, pp. 89 ss.; G. SAMMARCO, *Interessi comunitari e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002; F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 1433 ss.; S. CANESTRARI, L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea: quali politiche criminali per quale Europa? Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola*, Bologna, 28 febbraio – 2 marzo 2002, Milano, 2005; D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*,

incontestabile, subiva in realtà un ridimensionamento messo in luce già dalla plausibilità della nozione di “diritto penale comunitario”¹²⁴; essa alludeva in origine alle *influenze indirette* che le norme della Comunità producevano (e producono) nell’ordinamento penale interno attraverso: gli elementi normativi delle fattispecie, le regole cautelari in materia di reati colposi, i rinvii (anche impliciti) a discipline sovranazionali e la disapplicazione dei precetti in contrasto con una disposizione comunitaria. Più analiticamente, le forme di incidenza del diritto comunitario sui precetti penali possono tuttora essere suddivise in interpretative, integratrici e disapplicatrici¹²⁵.

La scena si è però via via arricchita di nuovi protagonisti. La notorietà del fenomeno – nonché esigenze di sintesi – permette di limitarsi ad una ricostruzione schematica, volta a fornire il quadro di riferimento utile per la contestualizzazione degli sviluppi implicati dal Trattato di riforma, oggetto di esame nel paragrafo successivo.

Innanzitutto, si deve distinguere, avvalendosi della metafora del tempio greco in uso a partire dalla creazione dell’Unione europea, tra gli atti di primo pilastro – regolamenti e direttive europee – e quelli del terzo pilastro,

Padova, 2008. Tra gli Autori stranieri v., a titolo esemplificativo, B. SCHÜNEMANN (a cura di), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, trad. it., *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Milano, 2007; H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 4° ed., Baden-Baden, 2010; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford, Portland, 2009; F. TULKENS, H.D. BOSLY (a cura di), *La justice pénale et l’Europe*, Bruxelles, 1996; D. FLORE, *Droit pénal européen*, Bruxelles, 2009; I. BLANCO CORDERO, *El derecho penal y el primero pilar de la Unión Europea*, in *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, 2004, n. 05-06, pp. 1 ss.; M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGÉ, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (diretto da), *L’harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Parigi, 2003; ID., *Verso un diritto penale europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 543 ss. Sull’incidenza delle fonti sovranazionali sul diritto penale interno, v., di recente, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

¹²⁴ F. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Noviss. Dig. it.*, App. II, 1981, pp. 1220 ss.

¹²⁵ A. BERNARDI, *L’europeizzazione*, cit., pp. 13 ss.

riguardante la “cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale”¹²⁶, tra i quali la posizione di spicco spetta alle decisioni quadro.

2.1. Le decisioni quadro

A partire dal Trattato di Maastricht, con cui è stata creata l’Unione europea nella sua struttura a pilastri, il potere di emanare vere e proprie norme di ravvicinamento dei precetti e delle sanzioni in materia penale è divenuto esplicito. La configurazione dell’atto principale mediante il quale ciò si è realizzato – la *decisione quadro* – è stata però delineata dal successivo Trattato di Amsterdam, al quale si deve l’inserimento, tra gli obiettivi della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, della *prevenzione e repressione del razzismo e della xenofobia*.

Lo scopo primario nell’ambito del (fu) terzo pilastro era la creazione di un “livello elevato di sicurezza” in quello spazio europeo in cui – a seguito dell’abolizione dei controlli di frontiera – merci, persone e capitali circolavano liberamente¹²⁷. Questo obiettivo era da perseguire, *inter alia*, mediante “il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale” (art. 29, comma 2, terzo alinea, TUE¹²⁸). A questa disposizione faceva da *pendant* l’art. 31, comma 1, lett. e), TUE, che legittimava l’Unione alla “progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni” relativamente alla criminalità organizzata, al terrorismo ed al traffico illecito di stupefacenti, ma l’elenco non era tassativo.

¹²⁶ Titolo VI del TUE come modificato dal Trattato di Amsterdam (la denominazione precedente era “Disposizioni relative alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni”, in breve “GAI”).

¹²⁷ P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell’Unione europea*, 2° ed., Padova, 2006, pp. 447 ss.

¹²⁸ Limitatamente al presente paragrafo, gli articoli citati, salvo diversa indicazione, si riferiscono al Trattato sull’Unione europea nel testo consolidato risultante dopo le modifiche apportate dal Trattato di Nizza, pubblicato in *Gazz. uff. Un. eur.*, C 321 E/23 del 29 dicembre 2006.

Tra le quattro tipologie di atti che il Consiglio poteva adottare¹²⁹, pare opportuno accennare alle sole decisioni quadro visto il ruolo “assolutamente centrale”¹³⁰ che esse hanno giocato in campo sia sostanziale sia processuale. Previste dall’art. 34, comma 2, lett. b), TUE, si tratta di atti finalizzati al ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari in materia penale; simili alle direttive – vincolano gli Stati membri quanto al risultato da raggiungere, restando essi liberi in merito alla forma e ai mezzi –, se ne distinguono per l’esplicita *esclusione di ogni efficacia diretta*. In altre parole, l’intervento normativo dello Stato si poneva come condizione imprescindibile per il dispiegarsi di un loro qualunque effetto sull’ordinamento interno, ed era dunque finalizzato a specificare gli elementi costitutivi dei reati e le sanzioni – visto il loro (spesso teorico)¹³¹ carattere elastico e non dettagliato – e rispettare così pienamente il principio di legalità.

Tuttavia, l’intero settore della cooperazione penale, confinato nel terzo pilastro, rimaneva assoggettato ad una disciplina di forte ispirazione *intergovernativa* che, accentrando il potere legislativo sul Consiglio, che deliberava all’unanimità, riservava alle altre istituzioni europee un ruolo marginale: la Commissione non disponeva del monopolio dell’iniziativa legislativa, il Parlamento europeo non influiva significativamente sul procedimento di formazione degli atti e la Corte di Giustizia reggeva una giurisdizione di carattere volontario limitata a vagliare la validità e

¹²⁹ Art. 34, comma 2, lett. a) - d), TUE.

¹³⁰ A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2007, p. 1193; nello stesso senso, G. GRASSO, *Relazione introduttiva*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, spec. pp. 29 ss.

¹³¹ In realtà, le loro disposizioni contengono sovente dettagliate definizioni delle condotte da punire a livello nazionale, corredate da indicazioni sui livelli minimi dei massimi edittali, v. *amplius*, A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE*, cit., pp. 1157 ss.; ID., *L’armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, spec. pp. 96-107; L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei*, e A. WEYEMBERGH, *L’effectivité du troisième pilier de l’Union Européenne et l’exigence de l’interprétation conforme: la Cour de Justice pose ses jalons [...]*, entrambi in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., pp. 324 ss. e 353 ss.

l'interpretazione delle decisioni quadro, con esclusione, dunque, della procedura di infrazione per la loro mancata trasposizione.

Ciò non ha impedito alla Corte, malgrado il momento di difficoltà politica che stava vivendo l'Unione¹³², di imprimere – com'era già avvenuto nel primo pilastro¹³³ – un'accelerazione al processo di integrazione europea intendendo “dare, come altre volte in passato, un segnale forte”¹³⁴. Avvalendosi del principio di leale cooperazione¹³⁵ e del carattere vincolante delle decisioni quadro rispetto ai fini perseguiti¹³⁶, i giudici¹³⁷ hanno esteso l'*obbligo di*

¹³² Data dalla doppia bocciatura referendaria subita dal progetto di Trattato di Costituzione per l'Europa.

¹³³ Cfr. le fondamentali sentenze Corte di Giustizia delle Comunità europee (“CGCE”), 13 settembre 2005, C-176/03 *Commissione c. Consiglio*, e CGCE, 23 ottobre 2007, C-440/05 *Commissione c. Consiglio*, che hanno per la prima volta riconosciuto all'Unione europea il potere di emanare *direttive* – quindi atti del pilastro comunitario – a contenuto anche penale. V., *ex plurimis*, C. HAGUENAU-MOIZARD, *Vers une harmonisation communautaire du droit pénal?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, pp. 377 ss.; S. PEERS, *The European Community's criminal law competence*, in *European Law Review*, 2008, pp. 399 ss.; S. WHITE, *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *European Law Review*, 2006, pp. 81 ss.

¹³⁴ G. TESAURO, *Diritto comunitario, Corte di Giustizia e diritto penale*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., p. 673. Sottolinea il ruolo anticipatore della giurisprudenza di Lussemburgo rispetto alle modifiche future anche G. GRASSO, *Relazione introduttiva*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., pp. 1 ss. Cfr., inoltre, H. LABAYLE, *Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, pp. 1 ss.; A. NIETO MARTIN, *Activismo judicial v. euroescepticismo: comentario a los casos Comisión v. Consejo, Pupino y Berlusconi*, in *Revista general de derecho penal*, 2005, pp. 1 ss.

¹³⁵ *Ex art. 10 TCE.*

¹³⁶ Derivato dall'art. 34, comma 2, lett. b), TUE, ritenuto in assonanza con quanto previsto dall'art. 249 TCE per le direttive. D'altra parte, nota ancora la Corte di Giustizia, se non si pervenisse alle conclusioni descritte, la competenza pregiudiziale affidatale nel terzo pilastro sarebbe priva del suo “effetto utile”, CGCE, 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, par. 38.

¹³⁷ CGCE, *Pupino*, cit., i cui principi sono stati confermati in CGCE, 28 giugno 2007, C-467/05, *Dall'Orto*. V., tra i numerosi commenti, quelli raccolti in F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna,

interpretazione conforme, sorto per le direttive non trasposte entro il termine stabilito¹³⁸, anche a tali atti di terzo pilastro nonostante il Trattato escludesse espressamente una loro efficacia diretta¹³⁹. Si osserva¹⁴⁰ come la distinzione tra l'interpretazione conforme e l'efficacia diretta, possibile sul piano logico, si riveli, in realtà, labile, e celi un aggiramento della lettera del Trattato. In ogni caso, come sottolinea la Corte¹⁴¹, tale obbligo trova i suoi limiti nei

2007; A. WEYEMBERGH, *L'effectivité du troisième pilier de l'Union Européenne et l'exigence de l'interprétation conforme*, cit.; G. TESAURO, *Diritto comunitario, Corte di Giustizia e diritto penale*, cit., pp. 666 ss.; R. CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto UE e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 2005, pp. 4027 ss.; P. SALVATELLI, *Un'ulteriore tappa sulla via della comunitarizzazione del Terzo Pilastro?*, in *Quad. cost.*, 2005, pp. 425 ss.; ID., *La Corte di Giustizia e la "comunitarizzazione" del "Terzo Pilastro"*, in *Quad. cost.*, 2005, pp. 887 ss.; F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, pp. 157 ss.; S. MANACORDA, *Judicial activism dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2005, pp. 940 ss; G. ARMONE, *La Corte di Giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea: quale futuro*, in *Foro it.*, 2006, pp. 587 ss.; M. MARCHEGIANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alla decisione quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. eur.*, 2006, pp. 563 ss. Da ultimo, la Cassazione italiana ha escluso che l'obbligo di interpretazione conforme possa sfociare in effetti *in malam partem*, Cass., sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 90 ss., con nota adesiva di V. MANES, pp. 101 ss. Si aggiunge in dottrina che effetti "in chiave costitutiva o espansiva della punibilità" non possono discendere nemmeno dall'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU: G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, p. 2366.

¹³⁸ I *leading cases* sono rappresentati dalle cause C-14/83 *von Colson*, C-106/89 *Marleasing* e C-334/92 *Miret*.

¹³⁹ Si noti però che, come sottolineato in C. cost., 21 giugno 2010, n. 227, (in diritto), par. 7 e 7.1, l'assenza di efficacia diretta continua ad impedire che le norme interne contrarie a disposizioni delle decisioni quadro possano essere disapplicate dai giudici nazionali i quali, al contrario, dovranno sollevare conflitto di costituzionalità.

¹⁴⁰ R. CALVANO, *Il Caso Pupino*, cit., par. 2; F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme*, cit., pp. 166 s.; S. MANACORDA, *Judicial activism*, cit., p. 747.

¹⁴¹ CGCE, *Pupino*, cit., par. 43-45; cfr., altresì, R. CONTI, R. FOGLIA, *Decisioni quadro e interpretazione conforme del diritto interno*, in *Corr. giur.*, 2005, spec. pp. 1152-1153.

principi generali del diritto – in particolare quelli di certezza e di irretroattività –. Ne discende sia l’inammissibilità di un’interpretazione *contra legem* della norma interna, sia l’esclusione che dalle decisioni quadro inattuate possa scaturire – o risultare aggravata – la responsabilità penale di un individuo¹⁴².

I difetti messi in luce dagli atti in parola – *in primis*, l’unanimità richiesta per la loro adozione, ma anche il limitato ruolo delle altre istituzioni comunitarie e l’ambigua efficacia a livello interno – che, da un lato, ne rendevano difficile l’adozione e, dall’altro, ne accentuavano il *deficit democratico*, sono comunque in via di superamento¹⁴³. Il progressivo restringimento del campo di applicazione del regime appena illustrato – destinato ad essere soppiantato via via che le decisioni quadro saranno modificate o sostituite – ed il suo definitivo abbandono – nel dicembre 2014¹⁴⁴ – lasciano infatti spazio all’innovativa disciplina del Trattato di Lisbona.

¹⁴² Così, in riferimento alle direttive non attuate, ma esprimendo principi estendibili alle decisioni quadro, CGCE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi et al.*, par. 73, 74 e 78, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 2764 ss., con nota di G. INSOLERA, V. MANES, *La sentenza della Corte di Giustizia sul “falso in bilancio”: un epilogo deludente?*; v., altresì, S. RIONDATO, *Il falso in bilancio e la sentenza della Corte di Giustizia CE: un accoglimento travestito da rigetto*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 911 ss.; R. BIN *et al.* (a cura di), *Ai confini del “favor rei”. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005.

¹⁴³ Trae le conclusioni sui conseguimenti ed i limiti degli atti del terzo pilastro L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., pp. 395 ss.

¹⁴⁴ Per il dettaglio di queste norme transitorie, v. il Titolo VII, Protocollo n. 36 del Trattato di Lisbona, del quale danno conto, R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma e nel Trattato costituzionale*, in M.C. BARUFFI (a cura di), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, cit., spec. pp. 90 s.; S. MIGLIORINI, *La continuità degli atti comunitari e del terzo pilastro dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, spec. pp. 434 ss.

2.2. L'impatto sul diritto penale degli atti del primo pilastro

Prima di entrare nel vivo delle modifiche del Trattato di riforma, pare utile accennare ad un altro importante profilo dell'influenza europea sul diritto penale, derivante dagli atti del (ormai ex) primo pilastro.

In questo campo, stante la menzionata assenza di potestà penale dell'UE¹⁴⁵, l'europeizzazione dello *ius puniendi* ha inceduto per sentieri dolci, imponendosi quasi sottotraccia¹⁴⁶. Essa si articola in un duplice momento: alla *richiesta* di tutela di determinati beni giuridici da parte delle autorità comunitarie fa fronte una protezione – civile, amministrativa o penale – *offerta* dallo Stato membro¹⁴⁷. È nell'adempimento di questo obbligo che si è dispiegata, per via prima giurisprudenziale e poi legislativa¹⁴⁸, l'influenza comunitaria sul diritto penale interno, valorizzando l'*obbligo di leale cooperazione* derivato dall'art. 10 TCE (ora art. 4, TUE¹⁴⁹).

Se, in una prima fase collocabile a cavallo tra gli anni '70 e '80 del secolo scorso, la Corte di Giustizia delle Comunità europee (CGCE, ora CGUE) si è limitata a valorizzare l'aspetto negativo di tale principio – riassumibile con il dovere statuale di astenersi da ogni misura che possa compromettere la realizzazione degli scopi enunciati dai trattati europei –, in un periodo successivo ne ha posto in primo piano il più dirompente “corollario

¹⁴⁵ Mette in evidenza come, all'indomani dell'istituzione delle Comunità europee, la carenza di una loro competenza penale non fosse definitivamente acquisita da parte di alcuni studiosi (che facevano leva sull'attribuzione di un potere sanzionatorio, poi rivelatosi di carattere amministrativo, in determinati settori di competenza comunitaria), A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE*, cit., pp. 1158-1160.

¹⁴⁶ Secondo A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE*, cit., p. 1161, tale armonizzazione è stata favorita da vari fattori tra cui: il progressivo avvicinamento delle culture giuridiche, il bisogno di tutelare beni giuridici comunitari e l'esigenza di fronteggiare una criminalità transnazionale che si giova della libertà di circolazione di persone, merci e capitali.

¹⁴⁷ C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., spec. p. 43.

¹⁴⁸ A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa*, cit., pp. 110 s.

¹⁴⁹ Nel testo si farà riferimento, salvo diversamente indicato, alla numerazione delle versioni consolidate del Trattato sull'Unione europea (TUE) e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), risultante dalle Tabelle di corrispondenza allegate al Trattato di Lisbona.

positivo”¹⁵⁰. Muovendo dalla disposizione secondo cui “gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l’esecuzione degli obblighi [...]” comunitari, i giudici di Lussemburgo sono giunti ad affermare che il rispetto a livello nazionale del diritto comunitario deve essere garantito da sanzioni *efficaci, proporzionali e dissuasive*¹⁵¹. Ciò significa che seppure il legislatore interno sia lasciato libero nella scelta delle misure di *enforcement* che ritiene maggiormente opportune – potendo determinare sia il *tipo* di sanzione (ad esempio, penale o amministrativa), sia il suo *quantum* –, l’opzione prescelta potrà essere sottoposta ad un *controllo di adeguatezza* da parte della Corte di Giustizia.

Il che, all’evidenza, equivale ad un sindacato sulle scelte politico-criminali operate dal legislatore, idoneo a condurre all’affermazione che, in virtù della sua speciale rilevanza, un certo interesse comunitario merita una tutela *di tipo penale*, imponendo così un vero e proprio *obbligo di incriminazione*¹⁵². Allo stesso risultato si è giunti anche applicando il c.d. *principio di assimilazione*, in base al quale la Comunità richiede, in un dato settore, una protezione corrispondente a quella apprestata a livello nazionale per violazioni di analoga importanza incidenti su un omologo interesse. Come già sottolineato da alcuni decenni¹⁵³, questa presunzione (relativa¹⁵⁴) di adeguatezza ha aperto così un’altro canale di influenza sul diritto interno.

¹⁵⁰ A. BERNARDI, *L’armonizzazione delle sanzioni in Europa*, cit., pp. 112-123.

¹⁵¹ V. il noto “caso del mais greco”, CGCE, 21 settembre 1989, C-68/88, *Commissione c. Grecia*. Si vedano inoltre le decisioni citate da A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE*, cit., nota 19.

¹⁵² Per la verità tale evenienza si è verificata di rado; v., ad esempio, in materia di pubblicità ingannevole di prodotti cosmetici, CGCE, 28 gennaio 1999, C-77/97, *Unilever*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pp. 447 ss., con nota di S. RIONDATO. Cfr., inoltre, sul caso *Zwartveld* (C-2/88), C. RIZZA, *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, Milano, 2000, spec. pp. 113 ss.

¹⁵³ F. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Noviss. Dig. it.*, cit., pp. 1226 s.; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., pp. 129 ss.

¹⁵⁴ Difatti ciò non toglie che le sanzioni debbano in ogni caso venir giudicate effettive, proporzionate e dissuasive, riconoscendo così al principio di “efficacia-proporzione” una

Il *self-restraint* della Corte di Giustizia in materia, congiunto alla tradizionale gelosia statuale che abbraccia la potestà penale, ha tuttavia determinato fino a tempi recenti uno scarso impatto di questo metodo di armonizzazione, considerato ancora “una sorta di eccezione”¹⁵⁵.

La svolta si è avuta con la sentenza del 13 settembre 2005, causa C-176/03 (*Commissione c. Consiglio*)¹⁵⁶ che, anche se riguardante la sola protezione ambientale, ha portata generale¹⁵⁷, anticipatrice delle riforme attuate dal Trattato costituzionale (abortito) del 2004, ma pienamente confermate ed entrate in vigore con il Trattato di Lisbona. Per la prima volta, superando la sedimentata linea di incompetenza comunitaria in materia, i giudici hanno affermato la legittimità di “direttive di armonizzazione penale”¹⁵⁸ – cioè atti

posizione sovraordinata rispetto a quello di “assimilazione”, C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., spec. p. 49; nello stesso senso, C. RIZZA, *La sanzione delle violazioni*, cit., pp. 102 s.

¹⁵⁵ A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa*, cit., pp. 115 s.

¹⁵⁶ V., *ex plurimis*, C. HAGUENAU-MOIZARD, *Vers une harmonisation communautaire du droit pénal?*, cit., pp. 377 ss.; S. WHITE, *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *European Law Review*, 2006, pp. 81 ss.

¹⁵⁷ Come affermato anche dalla Commissione nella *Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio*, 23 novembre 2005, COM (2005) 583 def., spec. par. 7 e 10.

¹⁵⁸ Alla condizione che “l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisc[a] una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi” e che siano ritenute dal legislatore comunitario necessarie “a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente”, CGCE, C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, cit., par. 48.

del primo pilastro¹⁵⁹ contenenti *obblighi* di incriminazione rivolti agli Stati la cui inosservanza può essere sanzionata dalla Corte di Giustizia¹⁶⁰ –.

Il *giudizio sulla necessità di pena* viene conseguentemente spostato a monte, in capo agli organi europei, limitando i parlamenti nazionali in una delle più custodite prerogative della sovranità¹⁶¹. Successivamente la Corte ha però delimitato la portata del principio, stabilendo che l'armonizzazione non può spingersi fino ad includere anche le sanzioni criminali¹⁶². Ad oggi, in ogni caso, non è stato fatto un largo uso della facoltà in parola¹⁶³.

¹⁵⁹ Perciò: *a)* approvabili dal Consiglio al di fuori della regola dell'unanimità; *b)* assoggettati alla procedura di codecisione (che coinvolge sostanzialmente la Commissione ed il Parlamento europei) e *c)* pienamente sottoposti alla giurisdizione della Corte di Giustizia. L'obbligo di trasposizione nazionale, inoltre, è assistito, a differenza di quanto avviene per gli atti del terzo pilastro, da una *procedura di infrazione* che può concludersi con l'irrogazione di sanzioni a carico dello Stato inadempiente (artt. 258-260, TFUE, già artt. 226-228, TCE).

¹⁶⁰ Dalle direttive, in ogni caso, non possono discendere, in assenza di atti nazionali di recepimento, dirette responsabilità penali per i singoli individui, né un loro aggravamento. V. *supra*, nota 142.

¹⁶¹ Secondo C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., spec. pp. 1157 s., tuttavia, tra i principi supremi dell'ordinamento, fatti salvi dalla "teoria dei controlimiti", rientrerebbe anche, attraverso l'art. 25, comma 2, Cost., il potere di "rimettere in discussione" le proprie scelte incriminatrici da parte del Parlamento, che sempre potrebbe decidere, in un secondo momento, di procedere ad una depenalizzazione nel campo di applicazione della direttiva comunitaria. Sarebbe così salvaguardato il fondamentale principio di riserva di legge che attribuisce al Parlamento il giudizio sulla necessità di pena.

¹⁶² CGCE, 23 ottobre 2007, C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 118 ss.

¹⁶³ Esempi di "direttive di armonizzazione penale" sono la n. 2009/123/CE del 21 ottobre 2009 relativa all'inquinamento provocato dalle navi; la n. 2009/52/CE del 18 giugno 2009 che introduce sanzioni, anche penali, a carico dei datori di lavoro che assumono cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare e la n. 2008/99/CE del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente. Quest'ultima, in particolare, impone agli Stati, entro il 26 dicembre 2010, di punire le condotte descritte agli artt. 3 e 4 con sanzioni *penali* efficaci, proporzionate e dissuasive (art. 5); a ciò si dovrà affiancare la responsabilità penale delle persone giuridiche per i reati ambientali (artt. 6 e 7). Il legislatore italiano ha dato attuazione

2.3. Altri canali di penetrazione comunitaria

Mentre i meccanismi appena descritti giungono a *fondare* un intervento penale a livello interno, alimentando le critiche sulla nota ipertrofia del sistema, ne esistono altri che invece ne *limitano* l'estensione¹⁶⁴. Quale corollario del c.d. “primato” del diritto comunitario, infatti, la disapplicazione degli atti normativi nazionali con esso contrastanti – tra i quali le norme incriminatrici – si impone al giudice ordinario in un’ottica, stavolta, di riduzione dell’area di criminalizzazione¹⁶⁵.

A queste ampie – almeno in potenza – vie di comunicazione se ne aggiungono altre, meno visibili, ma altrettanto – se non maggiormente – penetranti. Come già anticipato, e non potendo approfondire il tema in questa sede, ci si riferisce agli “effetti penali interni”¹⁶⁶ – detti anche “effetti riflessi”¹⁶⁷ – delle disposizioni comunitarie, i quali vengono a dispiegarsi nel momento in cui il giudice interno attinge agli atti sovranazionali per “riempire” gli elementi

alle disposizioni previste dalla direttiva ambiente e da quella sull’inquinamento provocato dalle navi per mezzo del D.vo. 7 luglio 2011, n. 121.

La Commissione, tra l’altro, aveva già tentato di emanare atti a contenuto anche penale, come testimoniato dalla proposta di direttiva “relativa alle misure penali volte ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale”, COM (2005) 276, del 17 giugno 2005, da quella “relativa alla protezione dell’ambiente attraverso il diritto penale”, COM (2002) 544 def., del 30 settembre 2002 e da quella “relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità”, COM (2002) 577 def., del 16 ottobre 2002.

¹⁶⁴ Sui possibili rapporti tra diritto comunitario e diritto penale v., in particolare, V. MANES, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, pp. 9 ss.

¹⁶⁵ Per un esempio in materia di giochi e scommesse, v. V. MANES, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., pp. 16 ss.; C. SOTIS, *Il bilanciamento tra Corte dei diritti e giudici nella vicenda delle scommesse*, in *Quad. cost.*, 2007, pp. 675 ss.

¹⁶⁶ F. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Dig. disc. pen.*, cit., spec. pp. 103 ss.

¹⁶⁷ G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, cit., pp. 255-256; G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Diritto dell’Unione europea*, 2000, p. 351. V., altresì, C. PEDRAZZI, *L’influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, in G. ALPA, M. CAPELLETTI, A. PIZZORUSSO (a cura di), *L’influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, 1982, pp. 611 ss.

normativi abbondantemente presenti nelle norme incriminatrici¹⁶⁸. Specularmente, il medesimo fenomeno coinvolge la ricostruzione del bene giuridico¹⁶⁹ e l'individuazione delle regole cautelari che fondano la responsabilità a titolo di colpa¹⁷⁰. Si segnalano inoltre casi in cui è lo stesso legislatore nazionale a rinviare, per la definizione del precetto, a norme di origine comunitaria, limitandosi a fissare i livelli sanzionatori¹⁷¹.

3. Le riforme del Trattato di Lisbona in materia penale

3.1. Il nuovo assetto istituzionale dell'Unione europea

I mutamenti introdotti, anche in ambito penale, dal Trattato di Lisbona¹⁷² sono entrati in vigore il 1° dicembre 2009, fatto salvo il descritto regime transitorio

¹⁶⁸ D. CASTRONUOVO, *Salute e sicurezza sul lavoro. Un breve studio di diritto penale comparato ed europeo*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI Secolo*, Milano, 2006, p. 198. Un esempio di tale integrazione normativa è fornito dalla recente direttiva 2008/99/CE sulla tutela ambientale (v. *supra*, nota 163); l'art. 3 infatti, nell'imporre che le condotte punibili siano "illecite", rimanda a due allegati contenenti decine di direttive la violazione delle quali funge da presupposto di anti giuridicità delle condotte elencate di seguito. Per ricostruire il precetto occorrerà perciò fare riferimento agli obblighi imposti da tali norme extra-penali, la cui futura modifica, tra l'altro, non potrà che influire sul campo d'applicazione dei reati introducendi.

¹⁶⁹ F. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 104.

¹⁷⁰ Cfr. F. SGUBBI, *I reati in materia di sicurezza e igiene del lavoro: connotati del sistema*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, pp. 260-262, il quale sottolinea la preoccupante esplosione delle regole cautelari positivizzate, e quindi dello spazio occupato dalla colpa specifica, che rischia di tramutarsi in una forma strisciante di responsabilità oggettiva. Cfr., altresì, T. DE ANTONIIS, *La definizione delle regole cautelari nelle attività lavorative pericolose*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pp. 753 ss.

¹⁷¹ V., ad esempio, l'art. 53, D.vo 5 febbraio 1997, n. 22.

¹⁷² In generale sulle innovazioni del Trattato, v., *inter alia*, A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, pp. 37-64; P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, Milano, 2009 (v. in particolare lo scritto di C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, pp. 140 ss.); F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008 (alcuni contributi rimangono però ancorati al testo della

per gli atti del terzo pilastro già adottati precedentemente. Tale profonda revisione riprende – ed anzi, per certi aspetti rinvigorisce¹⁷³ – le linee tracciate in materia dalla abortita Costituzione europea; risultano quindi ancora in gran parte valide ed attuali le osservazioni svolte su quel testo¹⁷⁴.

Il dato di fondo dal quale partire attiene alla *nuova architettura istituzionale* che – basandosi esclusivamente sull’Unione europea, che ha assorbito la Comunità europea – ha disciolto l’antecedente struttura a tre pilastri in un’unica ed uniforme soluzione¹⁷⁵. Ne discende che gli atti adottati, al di là della materia regolata, saranno (tendenzialmente) sottoposti ad una *disciplina unitaria*, rendendo obsolete le precedenti disquisizioni, ad esempio, sui diversi effetti da assegnare alle direttive o alle decisioni quadro.

In altri termini le “competenze penali”, prima suddivise tra primo e terzo pilastro, verranno esercitate attraverso il medesimo atto, la direttiva, governato dalla medesima disciplina. Il suo procedimento di formazione si identifica nella *procedura legislativa ordinaria* che prevede una posizione paritaria del

Costituzione europea); M.C. BARUFFI (a cura di), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova, 2008; A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Napoli, 2009; J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell’Europa*, Bologna, 2003. Per uno schematico raffronto tra il Trattato costituzionale e quello di Lisbona, corredato da tabelle di corrispondenza, v. J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007.

¹⁷³ Così, *ex plurimis*, L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, cit., pp. 395 ss.

¹⁷⁴ V., ad esempio, A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 5 ss.; G. GRASSO, *La Costituzione per l’Europa e la formazione di un diritto penale dell’Unione europea*, in *Studi Marinucci*, vol. I, cit., pp. 359 ss.; ID., *Il Corpus Juris e il progetto di “Costituzione per l’Europa”*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, spec. pp. 19 ss.; L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d’attuazione alla luce del Progetto di Costituzione per l’Europa*, in ID. (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, pp. 71 ss. Sulla Costituzione europea in generale v. i contributi in L.S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione*, Milano, 2004; J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, 2003.

¹⁷⁵ Fa ancora eccezione la “politica estera e sicurezza comune”, per la quale valgono regole di carattere rigorosamente intergovernativo.

Parlamento europeo rispetto al Consiglio, con deliberazioni a maggioranza qualificata¹⁷⁶ anziché all'unanimità (com'era invece stabilito per le decisioni quadro). Con ciò si combinano l'accresciuto potere della Commissione sull'iniziativa legislativa e l'estensione della competenza della Corte di Giustizia che, da una parte, si gioverà di un pieno sindacato anche su materie rientranti nel (già) terzo pilastro¹⁷⁷, e dall'altro, a seguito della giuridicizzazione della Carta di Nizza¹⁷⁸, sarà spinta ad avvicinare il proprio approccio a quello di una vera e propria corte costituzionale.

3.2. L'espressa (seppur indiretta) "competenza penale" dell'Unione europea

Venendo alle modifiche più rilevanti in questa sede, il Trattato di revisione ha per la prima volta attribuito una "*competenza penale*" espressa all'Unione europea¹⁷⁹. Alla fine, quindi, come già autorevolmente prefigurato, "l'utopia ha preso forma"¹⁸⁰.

Nell'ambito del Titolo V del TFUE – che succede al Titolo VI della precedente versione del TUE – relativo alla costruzione di uno "spazio di

¹⁷⁶ Il sistema della c.d. "doppia maggioranza", che sostituirà quello attuale, entrerà pienamente in vigore solo dal 1° aprile 2017, in forza di un ulteriore regime transitorio, previsto dagli artt. 16 TUE, 238 TFUE e dal Protocollo n. 9.

¹⁷⁷ Già si è detto del regime transitorio previsto dal Protocollo n. 36 per i vigenti atti di terzo pilastro; v. *supra*, nota 144.

¹⁷⁸ Nonostante la Carta sia contenuta in un protocollo allegato, l'art. 6, comma 1, TUE stabilisce che "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali [...], che ha lo stesso valore giuridico dei trattati". D'ora in poi i numeri degli articoli citati fanno riferimento al testo consolidato del Trattato sull'Unione europea (TUE) e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) come risultanti dopo la revisione di Lisbona.

¹⁷⁹ L'espressione merita le virgolette per il fatto che una vera e propria competenza ad introdurre norme incriminatrici *direttamente* applicabili non esiste ancora, necessitandosi pur sempre dell'intervento di trasposizione dei legislatori nazionali. A parere di C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, spec. pp. 1159 ss., farebbe eccezione la possibilità, basata sull'art. 86 TFUE, di introdurre precetti uniformi (ma non sanzioni) per i reati a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.

¹⁸⁰ M. DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale europeo?*, cit., p. 549.

libertà, sicurezza e giustizia”, vengono delineate le aree in cui può attuarsi – per mezzo di *direttive* – il ravvicinamento delle legislazioni penali¹⁸¹.

Limitando l’analisi al diritto penale sostanziale¹⁸², la prima di tali aree riguarda un elenco tassativo di gravi reati¹⁸³ per i quali possono essere poste “norme minime” relative alla definizione della fattispecie e della sanzione. Una “clausola di flessibilità” rimette ad una deliberazione unanime del Consiglio, preceduta da un’approvazione parlamentare, la possibilità di estendere la lista dei suddetti reati “in funzione dell’evoluzione della criminalità”. In ogni caso, l’armonizzazione può riguardare solo le sfere di criminalità *particolarmente grave* che presentino una *dimensione transnazionale* derivante a) dal “carattere o dalle implicazioni di tali reati” o b) “da una *particolare necessità* di combatterli su basi comuni”¹⁸⁴. Sarebbe dunque la condivisione tra più Stati dell’esigenza di fronteggiare queste manifestazioni delittuose, a legittimare l’intervento normativo a livello sovranazionale. Tuttavia, il requisito sembra suscettibile di un’interpretazione ad ampio spettro dipendente quindi, in ultima analisi, dall’intenzione degli Stati membri di procedere ad un’armonizzazione¹⁸⁵. Specialmente l’elemento *sub b)* rischia di appiattirsi nel riscontro della *volontà politica* che sorregge quella “particolare necessità” di adottare uno schema di incriminazione uniforme; ciò vale a maggior ragione in considerazione della congiunzione disgiuntiva “o” che la sgancia dalle caratteristiche strutturali del reato evocate *sub a)*.

¹⁸¹ Per gli speciali Protocolli che concedono facoltà di *opt in* oppure di *opt out* a Regno Unito, Irlanda e Danimarca, v. R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., pp. 102 ss.

¹⁸² Osserva come il ravvicinamento delle legislazioni penali sostanziali non sia più subordinato – bensì affiancato – alle esigenze di cooperazione giudiziaria, C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., spec. p. 1154.

¹⁸³ “Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata” (art. 83, comma 1, pt. 2, TFUE).

¹⁸⁴ Art. 83, comma 1, parte 1, TFUE (corsivi aggiunti).

¹⁸⁵ V. *infra*, § II.4.1.

La seconda area¹⁸⁶ sulla quale può espressamente incidere il diritto penale comunitario si differenzia in modo profondo, anche a livello teleologico, da quella appena esaminata¹⁸⁷. Essa non riguarda gravi reati transnazionali, ma coinvolge piuttosto, nella logica di un *diritto penale sanzionatorio*, i settori che sono stati oggetto di misure di armonizzazione, quando ciò si riveli “indispensabile” per garantire un’efficace politica dell’Unione (art. 83, comma 2, TFUE).

Questa competenza è coincidente con quella che, in base alle note pronunce della Corte di Giustizia¹⁸⁸, già si riteneva idonea a legittimare direttive contenenti disposizioni di tipo penale. Tuttavia, vi sono state importanti modifiche. Da un lato, spingendosi oltre tali acquisizioni giurisprudenziali¹⁸⁹, le “norme minime” di ravvicinamento possono estendersi fino ad includere l’armonizzazione delle sanzioni, invece che solo quella dei precetti; dall’altro, al contrario, si registra un vistoso arretramento. Tralasciando momentaneamente l’ulteriore requisito dell’“indispensabilità” – presente solo nella seconda area di competenza penale¹⁹⁰ –, è la disciplina del c.d. freno di emergenza (*emergency brake*) ad incrinare lo spirito comunitario che animava la potestà normativa penale rinvenuta nell’ambito dell’ex primo pilastro.

La disciplina, introdotta per superare le resistenze degli Stati, consente a ciascun membro dell’UE, qualora ritenga che un progetto legislativo incida “su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale”, di investire della questione il Consiglio europeo, sospendendo così la procedura

¹⁸⁶ Ne esiste anche una terza, della quale qui non si può dar conto, in materia di protezione degli interessi finanziari dell’Unione (già art. 280 TCE, ora art. 325 TFUE); su di essa è stato elaborato il c.d. *Corpus Juris*. V., su tale proposta, ad esempio, gli scritti in L. PICOTTI (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, cit. e in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, Milano, 2000.

¹⁸⁷ A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, cit., p. 8.

¹⁸⁸ V. *supra*, nota 133.

¹⁸⁹ Ci riferisce a CGCE, C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., che aveva escluso una competenza comunitaria ad armonizzare, attraverso atti di primo pilastro, anche le *sanzioni penali*.

¹⁹⁰ Quella ex art. 83, comma 2, TFUE.

ordinaria per un massimo di quattro mesi. Spirato il termine senza che si sia giunti ad un accordo – che farebbe tornare la proposta sui suoi canonici binari –, un gruppo di almeno nove Stati può decidere di proseguire in autonomia attraverso lo strumento, finora poco fortunato, delle cooperazioni rafforzate¹⁹¹. Così si vuol consentire agli Stati membri “di andare avanti su un determinato atto consentendo nel contempo ad altri di non parteciparvi”¹⁹².

Ciò che si deve sottolineare, comunque, è il carattere ambivalente delle riforme ora descritte. Mentre, infatti, per le materie prima confinate entro la disciplina del terzo pilastro prosegue il processo d'integrazione, per quelle (penali) originariamente rientranti nel primo pilastro l'ispirazione comunitaria della loro regolazione è stata temperata, almeno in parte, da importanti iniezioni di sovranità nazionale¹⁹³.

4. Il futuro delle politiche di lotta a razzismo e xenofobia alla luce del Trattato di Lisbona

4.1. L'an dell'intervento: individuazione della base giuridica nel Trattato riformato

Rimane da interrogarsi sull'attuale legittimità delle azioni di armonizzazione finalizzate alla *lotta contro il razzismo e la xenofobia*. Ci si chiede, insomma, se anche il nuovo quadro istituzionale dell'Unione permetta agli organi europei di legiferare in questo settore emanando, ad esempio, una direttiva

¹⁹¹ Sulle cooperazioni rafforzate, v. l'art. 10 TUE e gli artt. 326 ss. TFUE.

¹⁹² Punto 4 del mandato della Conferenza Intergovernativa, citato da J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit., pp. 196 s., al quale si rimanda anche per una rapida analisi degli speciali protocolli previsti per Regno Unito, Irlanda e Danimarca.

¹⁹³ Ad oggi, l'Unione europea non ha fatto largo uso del potere di emanare direttive penali. Con riguardo al diritto penale sostanziale, a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona l'Unione europea ha adottato la direttiva n. 2011/92/UE del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e la direttiva n. 2011/36/UE del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI.

penale che rinvigorisca la forza cogente e il contenuto sanzionatorio della citata Decisione quadro concernente razzismo, xenofobia e negazionismo.

Se prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la possibilità di ravvicinamento delle legislazioni penali in materia era assicurata dalla combinazione tra il primo ed il secondo comma del (già) art. 29 TUE – che rimandava a sua volta al (già) art. 31, lett. *e*), TUE –, tale strada pare ora sbarrata.

L'art. 67 del riformato TFUE¹⁹⁴, infatti, pur richiamando le “misure di prevenzione e di lotta contro [...] il razzismo e la xenofobia”, che rimangono uno dei mezzi “per garantire un livello elevato di sicurezza”, non le collega al potere di emanare norme di armonizzazione penale a ciò finalizzate. Mentre la previgente base giuridica aveva permesso l'adozione della Decisione quadro 2008/913/GAI sul negazionismo, la stessa legittimazione non sembra rinvenirsi, almeno *prima facie*, nell'attuale formulazione del Trattato. In effetti, il dato letterale pare difficilmente superabile: le forme di criminalità transnazionale per le quali l'art. 83, comma 1 TFUE ammette il ravvicinamento legislativo di precetti e sanzioni penali sono elencate con carattere *tassativo*¹⁹⁵, a differenza di quanto stabilito nella versione precedente del Trattato¹⁹⁶. L'art. 67 TFUE, inoltre, nell'elencare gli strumenti attraverso cui realizzare l'“elevato livello di sicurezza”, mantiene la previsione sugli interventi di “ravvicinamento delle legislazioni penali” separata dalle generiche “misure” di contrasto al razzismo.

Si anticipava, tuttavia, come i requisiti posti ad arginare la dirompenza del diritto penale europeo nel settore dei reati transnazionali fossero tutt'altro che baluardi sicuri. Tra i fattori indice di transnazionalità rischia di rientrare infatti il mero “carattere “comune” assunto dai beni giuridici aggrediti”¹⁹⁷ che tende, in realtà, a derivare dall'armonizzazione stessa di cui sono stati oggetto certi

¹⁹⁴ Il quale succede al previgente art. 29 TUE come norma di apertura del Titolo sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

¹⁹⁵ V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 108; S. PEERS, *EU Criminal Law*, cit., p. 518.

¹⁹⁶ Ma, sulle perplessità interpretative sorte in relazione alla previgente versione del TUE, v. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., pp. 85 ss.

¹⁹⁷ Come rileva A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa*, cit., pp. 81 ss., spec. nota 20.

reati. Proprio la *comune volontà* di combattere quelle forme di criminalità rischierebbe quindi di diventare *in sé* la base del requisito di transnazionalità che dovrebbe invece limitare *ex ante* le potenzialità dell'intervento penale europeo. Per questo, in considerazione anche di quella che è stata definita l'attitudine del bene giuridico alla "trasfigurazione" da bene nazionale a bene sovranazionale¹⁹⁸, si dubita delle sue *capacità selettive* in questa sede¹⁹⁹.

Ciò nonostante, senza un'attivazione della c.d. "clausola di flessibilità"²⁰⁰ che inserisca la lotta a razzismo e xenofobia nell'elenco tassativo delle forme di criminalità di cui all'art. 83, comma 1, TFUE, tale base giuridica sembra inutilizzabile. Eppure, una serie di ragioni fanno pensare che ciò non provocherà il prosciugamento delle misure penali al riguardo, che transiteranno probabilmente attraverso il canale offerto dall'art. 83, comma 2, TFUE. In modo abbastanza flessibile, tale disposizione permette il ravvicinamento legislativo quando "indispensabile" ad assicurare l'efficacia delle "politiche dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione". La formulazione, in realtà, fa pensare ad un utilizzo del diritto penale in chiave meramente *sanzionatoria*, cioè volta a rafforzare l'effettività di altri corpi normativi emanati dall'Unione europea. Una sua veste *autonoma* – che si rinviene indubbiamente nella prima area di competenza penale comunitaria (quella dei reati transnazionali, *ex art.* 83, comma 1) – non sembra però a priori esclusa nemmeno nella seconda area di competenza penale (cioè il suddetto canale di cui all'art. 83, comma 2), limitatamente alle azioni di contrasto al razzismo²⁰¹.

¹⁹⁸ R. SICURELLA, *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., p. 266.

¹⁹⁹ Critici A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa*, cit., pp. 81 ss., spec. nota 23, e C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., spec. pp. 70 ss. Quest'ultimo Autore ritiene il concetto di bene giuridico "sprovvisto di qualsiasi capacità di legittimazione *negativa*" poiché mancherebbe, a livello comunitario, un "*aliunde*", quale una Costituzione, dal quale dedurlo (*ibidem*, pp. 70 s.).

²⁰⁰ V. *supra*, § II.3.2.

²⁰¹ Cfr. G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, cit., pp. 2329 s., il quale ritiene che l'art. 83, secondo comma, del TFUE dovrebbe

In primo luogo, la prevenzione e repressione di razzismo e xenofobia costituisce indubbiamente una *politica* dell'Unione che, oltre a godere di carattere “trasversale”²⁰², viene citata significativamente dalla norma che apre il Titolo V sullo “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” tra i mezzi necessari ad attuare l’“elevato livello di sicurezza” che ne fa da presupposto²⁰³. In secondo luogo, già da tempo l'Unione, come si vedrà nel prossimo paragrafo, persegue attivamente questi obiettivi, sui quali si sono già avute, difatti, misure di armonizzazione. Ciò si lega all'alto *valore simbolico* implicato dal contrasto al razzismo, sfruttato per creare consenso attorno all'idea di un diritto penale europeo e consolidare un patrimonio di valori comuni dei popoli dell'Unione²⁰⁴. Infine, è improbabile che la Commissione receda dalla evidenziata²⁰⁵ – e per niente commendevole – tendenza a sollecitare azioni penali incidenti sui settori più diversificati al fine di rinsaldare, creando dei “precedenti”, la sua competenza generale ad emanare norme di carattere penale.

In conclusione, seppure il canale che sembrava più appropriato per accogliere una normazione penale di tipo autonomo (quello dei reati transnazionali) sia sbarrato da un dato letterale univoco, le direttive penali sulla lotta al razzismo

essere interpretato nel senso di consentire un intervento penale dell'Unione per tutelare un “interesse comune” oggetto di una politica dell'Unione, così come era inizialmente stabilito nella proposta del *Praesidium* della Convenzione europea. In questo modo, la potestà armonizzatrice si sgancerebbe logiche meramente funzionali ed accessorie per avvicinarsi ad un modello basato sulla protezione dei beni giuridici.

²⁰² D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 155.

²⁰³ V. il citato art. 67 TFUE. Sostiene che tale “parte generale” dovrebbe essere letta congiuntamente a quella “speciale” (cioè agli artt. 82 e 83 TFUE), E. HERLIN-KARNELL, *Waiting for Lisbon... Constitutional Reflections on the Embryonic General Part of EU Criminal Law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, pp. 227 ss. Tuttavia, seguendo il suo ragionamento fino in fondo, ne risulterebbe una competenza penale praticamente illimitata dell'Unione che non condividiamo.

²⁰⁴ Per C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., pp. 94 ss. si tratta di una tutela approntata dall'Unione al fine di costruire un'identità europea, un “comune senso di appartenenza”. V., altresì, V. MITSILEGAS, *The third wave of third pillar: which direction for EU criminal justice?*, in *European Law Review*, 2009, p. 536.

²⁰⁵ V. MITSILEGAS, *The third wave*, cit., p. 537; ID., *EU Criminal Law*, cit., p. 111.

e alla xenofobia potranno probabilmente avvalersi della base giuridica offerta dall'art. 83, comma 2, TFUE. Ad oggi, comunque, non si segnalano proposte in merito da parte della Commissione europea.

4.2. Il *quomodo* dell'intervento: sussidiarietà, *extrema ratio* e bene giuridico sovranazionale

L'aver rinvenuto una potenziale competenza dell'Unione europea nel settore in parola non ci esime tuttavia da una breve riflessione sul tipo di intervento penale possibile – o, perlomeno, auspicabile –.

Di ausilio appare la distinzione tra beni giuridici *propriamente sovranazionali* e beni giuridici *di interesse comune*²⁰⁶. Mentre i primi sarebbero intimamente legati, per loro natura, ad interessi di tipo comunitario che trascendono la dimensione nazionale, i secondi, in realtà, si identificherebbero in beni nazionali, rispetto ai quali il frequente carattere transnazionale della condotta criminosa, “combinato al particolare vincolo di solidarietà che lega gli Stati membri, [eleverebbe] la lotta al fenomeno ad interesse dell'Unione”²⁰⁷.

La distinzione – che pure evidenzia delle difficoltà²⁰⁸ – appare utile, e andrebbe perciò mantenuta e raffinata, per *graduare* l'estensione e la profondità della “competenza penale” dell'Unione. Invero, visto che le discussioni relative all'esistenza o meno di una “competenza penale” europea

²⁰⁶ Tracciata da R. SICURELLA, *Il Corpus Juris e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000*, cit., pp. 68 ss. La distinzione sembrerebbe richiamare quella tra “*beni giuridici comunitari* e [...] *beni di estensione comunitaria* (e spesso anche mondiale) [...] di valenza economica in generale (beni protetti da incriminazioni come il falso in bilancio, la bancarotta, le frodi alimentari, le violazioni della concorrenza etc.)” di M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, pp. 179 ss.; ad essi l'Autore affianca i *reati transnazionali* (*ibidem*, p. 186). Cfr., sempre sul tema dei beni giuridici comunitari, G. GRASSO, *Introduzione: Diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., pp. 54 ss.; ID., *Comunità europee*, cit., p. 9.

²⁰⁷ R. SICURELLA, *Il Corpus Juris*, cit., p. 70.

²⁰⁸ V. R. SICURELLA, “*Eppur si muove!*”: *alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio*, cit., pp. 251 ss.

possono dirsi ormai superate, l'attenzione va spostata appunto sul *tipo* di intervento possibile. Da questa prospettiva, i principi di *sussidiarietà* ed *extrema ratio* del diritto penale meritano una valorizzazione che ne evidenzia le potenzialità anche nella delimitazione dello spazio punitivo europeo²⁰⁹. A tal fine, la distinzione tra beni sovranazionali e beni di interesse comune offre il paradigma teorico per una differenziazione dell'*intensità* dell'armonizzazione a seconda della categoria in cui rientra il bene che si intende tutelare. Le prerogative nazionali – alle quali si deve generalmente accordare preferenza²¹⁰ – potrebbero perciò essere intaccate da tecniche legislative più invasive solo qualora queste ultime siano dirette a tutelare *interessi propriamente sovranazionali*. Ad obblighi espliciti di incriminazione, a fattispecie formulate in modo più stringente e ad indicazioni sul *quantum* sanzionatorio, la legislazione a tutela dei *meri* “*interessi comuni*” dovrebbe invece prediligere, in linea di principio, definizioni più generiche ed obblighi di tutela adeguata, lasciando così a livello interno un ampio margine di apprezzamento²¹¹.

²⁰⁹ L'opportunità fu segnalata, già dagli albori del diritto penale europeo, da F. BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, spec. p. 219; v., altresì, gli spunti di H.H. JESCHECK, *Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo e internazionale [...]*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale*, cit., spec. p. 14; ID., *Possibilità e limiti di un diritto penale per la protezione dell'Unione europea*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti*, cit., pp. 13 ss. Sul ruolo ancora centrale da assegnare alla Costituzione in un momento in cui le fonti sovranazionali stanno mettendo in crisi i principi costituzionali in materia penale, v. L. STORTONI, *Presentazione*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, cit., p. X. Sulla distinzione tra principio di sussidiarietà e principio di proporzionalità, nonché per un'analisi delle differenze tra la sussidiarietà penale e quella comunitaria, v. M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 141 ss.

²¹⁰ La loro precedenza, sancita dal principio di sussidiarietà comunitaria, si fonda sulla posizione privilegiata di ciascuno Stato nella valutazione dei bisogni di pena e sulla maggiore legittimazione democratica di cui esso gode.

²¹¹ Cfr. le indicazioni del *Bundesverfassungsgericht* in BvG, 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, (trad. it. di J. Luther per incarico dell'Ufficio studi della Corte costituzionale italiana), il quale ha imposto un'*interpretazione restrittiva* della cessione di competenze in materia penale, reiterando più volte che le norme di tale settore “toccano in modo particolarmente

Si tratta allora di inquadrare entro tale cornice la lotta al razzismo e alla xenofobia.

L'identificazione dei beni giuridici sovranazionali e la loro distinzione da quelli di interesse comune richiede però uno studio complesso ed articolato, ancora in fase di elaborazione dottrinale, che non ci sentiamo di affrontare compiutamente in questa sede. Ci limitiamo quindi a segnalare taluni profili di riflessione.

Dai tentativi di ricognizione finora effettuati²¹², sembra che tra i beni sovranazionali vadano a collocarsi soprattutto interessi connessi all'esistenza o al funzionamento dell'*istituzione* Unione europea (ad esempio, la pubblica funzione comunitaria, gli interessi finanziari dell'UE, la moneta unica, ecc.) che niente hanno a che vedere con le politiche di contrasto al razzismo. Ci si potrebbe allora affidare alla nozione di *ordine pubblico europeo* – turbato da una “minaccia sufficientemente grave ad un interesse fondamentale della società”²¹³ – elaborata dalla Corte di Giustizia ad altri fini; tuttavia, essa non pare confacente, almeno allo stato attuale, allo sviluppo del processo di integrazione della comunità politica europea – oltre a riproporre i ben noti problemi di tassatività del suo omologo nazionale –. D'altro canto, se alle fattispecie antirazziste si volesse assegnare un ruolo di tutela della “sicurezza interna” – concetto che evoca il mantenimento della pace sociale in un

sensibile l'autodeterminazione democratica” (spec. par. 252, 253 e 358). È necessario, quindi, che siano lasciati agli Stati compiti di “peso sufficiente”, cioè “opportunità sostanziali di azione” (par. 351) in tale delicato ambito.

La scelta a favore di un “mero” obbligo di tutela adeguata in più, oltre a riservare al livello nazionale la decisione – comunque soggetta ad uno scrutinio *ex post* di adeguatezza da parte della Corte di Giustizia – sul tipo di sanzioni cui fare affidamento, avrebbe il vantaggio di permettere a quegli ordinamenti nei quali il sistema amministrativo presenta un'apprezzabile efficacia di mantenerlo, senza dover procedere a dare esecuzione a quella spinta di penalizzazione indotta dai paesi “più arretrati sul terreno della prevenzione del crimine”, come osserva M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 184.

²¹² V., ad esempio, R. SICURELLA, *Il Corpus Juris*, cit., pp. 72 ss.; S. MANACORDA, *Le droit pénal et l'Union européenne: esquisse d'un système*, in *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 2000, spec. pp. 99 ss.

²¹³ CGCE, 27 ottobre 1977, C-30/77, *Boucherau*. V., *amplius*, R. SICURELLA, *Il Corpus Juris*, cit., pp. 77 ss.

contesto sempre più multiculturale – la competenza verrebbe certamente attratta a livello nazionale²¹⁴. Infine, non sembra nemmeno, come vedremo, che l’effettivo contenuto dei provvedimenti finora adottati in materia possa pienamente collimare con le politiche di contrasto alla discriminazione, che già hanno trovato una loro autonoma ragion d’essere²¹⁵ e puntano, piuttosto, alla prevenzione e repressione dei *comportamenti* discriminatori – da contrapporre alle *espressioni* razziste e xenofobe –.

La normativa di contrasto al razzismo insomma fatica ad inquadrarsi nella sagoma teorica sopra delineata, sfuggendo alle sue logiche proprio perché ad altre, in ultima analisi, sembra rispondere. Come anticipato, essa assume un ruolo prettamente *simbolico-espressivo*, avendo di mira due scopi, tra loro connessi, disarmonici rispetto a quelli che dovrebbero ispirare lo *ius puniendi*. Da un lato, serve a rafforzare il consenso attorno all’idea stessa di diritto penale europeo, presentandolo come corrispondente ai valori essenziali in cui già si riconosce il cittadino dell’Unione²¹⁶; dall’altro, come osservano alcuni autori²¹⁷, viene sfruttata per costruire un *nucleo assiologico condiviso* sul quale possa poggiare l’identità europea²¹⁸.

²¹⁴ *Ex art. 72 TFUE.*

²¹⁵ Cfr. le direttive 2000/43/CE del 29 giugno 2000 e 2000/78/CE del 27 novembre 2000 che attuano il principio di parità di trattamento senza ricorrere al diritto penale; cfr., sulla stessa linea, l’art. 19 TFUE. Si noti inoltre che la Decisione quadro 2008/913/GAI non riprende la fattispecie, prevista dalla normativa previgente, di incitamento pubblico alla discriminazione. L’assenza della “dimension de la discrimination” dalla Decisione quadro è notata anche da D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 161.

²¹⁶ Tentando così di superare quell’idea che lo vede ancora come “un diritto penale *mercantile*, proprio di una società di – pur evolutissimi – bottegai” espressa, ad esempio, da C.E. PALIERO, *Il sistema sanzionatorio ed i presupposti generali di applicazione delle pene*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti*, cit., p. 173.

²¹⁷ V. MITSILEGAS, *The third wave*, cit., pp. 532 e 536 s.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., pp. 94 ss. e 162 ss. che accomuna, da questo punto di vista, la Decisione quadro sul razzismo a quella 2004/68/GAI, 22 dicembre 2003, sulla “lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile”.

²¹⁸ Cfr. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione europea*, cit., p. 44, il quale identifica scopi anche simbolici nella volontà di conferire una competenza penale “autonoma” all’Unione europea in materia di reati transnazionali: da un lato, tali norme penali favorirebbero il consolidamento di un “comune sentimento di giustizia” tra i cittadini

Non è un difetto esclusivamente di derivazione comunitaria, quello di affiancare alla tradizionale funzione precettiva del diritto penale la diffusione di messaggi ai consociati, indirizzando precisi segnali che, grazie alla “particolare efficacia del prestigioso strumento”²¹⁹, assumono un rilievo preminente negli orientamenti di politica generale perseguiti da un’istituzione. Tale dirottamento della funzione del diritto penale non può che ripercuotersi negativamente, però, sui principi fondamentali di garanzia tra cui quelli di certezza, tassatività, responsabilità personale e finalità rieducativa della pena²²⁰.

La netta presa di posizione contro siffatta legislazione non ci esime dal tentativo di limitarne le potenzialità illiberali, accresciute da un contesto comunitario a forte rischio di “panpenalizzazione”²²¹.

Innanzitutto, l’attribuzione di efficacia giuridicamente vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea schiude la possibilità di un incisivo vaglio, da parte della Corte di Giustizia, sul rispetto dei diritti

europei; dall’altro esse contribuirebbero alla formazione di un “sentimento di appartenenza all’Europa in quanto insieme politico, giuridico e culturale’ espressivo di valori omogenei” (citazioni interne: A. TSITSOURA, *Faut-il un droit pénal européen?*, in *Pouvoirs*, 1990, n. 55, p. 139; G. QUINTERO OLIVARES, *La unificación de la Justicia Penal en Europa*, in *Revista Penal*, 1999, p. 51).

²¹⁹ L. STORTONI, *Le nuove norme contro l’intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, p. 14; v., altresì, S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., spec. pp. 99, 100, 105 e 110.

²²⁰ L. STORTONI, *Le nuove norme contro l’intolleranza*, cit., p. 14.

²²¹ Messo in luce, tra gli altri, da V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., pp. 110 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Introduction. Objectifs et méthodes*, in ID., M. PIETH, U. SIEBER (diretto da), *Les chemins de l’harmonisation pénale*, Parigi, 2008, pp. 19 ss., spec. p. 21; F. IRURZUN MONTORO, *¿El espacio judicial europeo en una encrucijada?*, in L.A. ZAPATERO, A. NIETO MARTIN (a cura di), *El derecho penal de la Unión europea*, Cuenca, 2007, p. 67. Osserva, inoltre, C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., pp. 1157 ss., che l’armonizzazione penale europea rischia di svilupparsi come un “sistema penale *a senso unico*” in cui pare poco plausibile che il legislatore rimetta in discussione le scelte di incriminazione già compiute. Ritene, al contrario, che tali timori siano da ridimensionare alla luce del potenziamento del sistema sanzionatorio comunitario (di tipo extrapenale) e della giurisprudenza della Corte di Giustizia, R. SICURELLA, *“Eppur si muove!”*, cit., pp. 258 ss.

fondamentali ivi riconosciuti²²². Significativamente, l'art. 67 TFUE afferma che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia andrà realizzato “nel rispetto dei diritti fondamentali”. Sempre con maggior frequenza, inoltre, vista l'espansione della sua giurisdizione, la Corte sarà portata ad interpretare concetti di parte generale quali l'istigazione, la partecipazione o il tentativo²²³ – già presenti nelle vigenti decisioni quadro –, fruendo così di una preziosa occasione per definirne la portata in ossequio ai menzionati principi fondamentali.

Infine, è da ribadire l'esigenza del rispetto del principio di *extrema ratio* a livello comunitario, supportato tra l'altro da univoci elementi testuali. Nell'area di competenza penale definita dal secondo comma dell'art. 83 TFUE – che costituisce la base giuridica, si è visto, delle misure di contrasto a razzismo e xenofobia – il ravvicinamento legislativo, riguardante “*norme minime*”²²⁴, è legittimo solo se “*indispensabile*”²²⁵ per garantire l'efficace attuazione delle politiche comunitarie²²⁶. Pur ammettendo le difficoltà inerenti

²²² Si consideri che: *a*) in forza di una “clausola orizzontale” (v. gli artt. 52 e 53 della Carta di Nizza) la CGCE non potrà prescindere dall'interpretazione dei diritti fondamentali fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; *b*) anche gli atti di terzo pilastro già adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona sono tenuti da subito al rispetto della Carta di Nizza e, di conseguenza, dei principi enunciati dalla Corte di Strasburgo.

²²³ Ciò è già avvenuto con riguardo alla nozione di *negligenza*, interpretata in CGCE, 3 giugno 2008, C-308/06, *The International Association of Independent Tanker Owners et al.* V., altresì, C. cost., sent. n. 227/2010, cit., (in diritto), par. 8, in cui anche la nostra Corte costituzionale ha accettato che l'interpretazione di alcuni concetti generali espressi da una decisione quadro (“dimora” e “residenza”) dovesse essere coincidente a quella stabilita dalla Corte di Giustizia, trattandosi di “nozioni comunitarie, che richiedono una interpretazione autonoma ed uniforme, a ragione della esigenza e della finalità di applicazione uniforme che è alla base della decisione quadro”.

²²⁴ Questa è la nozione utilizzata dall'art. 83 TFUE. Cfr., per una riflessione sul punto, R. SICURELLA, “*Eppur si muove!*”, cit., pp. 272 ss.

²²⁵ Secondo C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona*, cit., spec. pp. 1155 ss., il requisito dell'indispensabilità, essendo riferito all'efficace attuazione di una politica dell'Unione, anziché alla tutela del bene giuridico, sarà in grado di svolgere una funzione selettiva “molto marginale, per non dire nulla”.

²²⁶ V., per una recente riflessione sul tema accompagnata da una critica sul mancato rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità della pena da parte della prima direttiva penale

la tenuta pratica di tale condizione, si condivide una sua lettura²²⁷ che obblighi l'Unione a dimostrare – facilitata dalla presenza delle *motivazioni* a corredo delle proposte legislative della Commissione – che: *a)* si sono già verificate *frequenti e continue violazioni* delle norme attinenti la politica in questione; e *b)* queste inosservanze non possono essere fronteggiate efficacemente né, in prima istanza, da misure *nazionali*, né, in seconda istanza, da provvedimenti di carattere *non penale*²²⁸. In questo vaglio, di cruciale importanza sarà la lettura che i parlamenti nazionali vorranno dare alle loro nuove prerogative in merito al controllo del rispetto del principio di sussidiarietà da parte degli atti europei.

Sezione II: La normativa anti-negazionista nel quadro della lotta al razzismo

5. Il contesto normativo della Decisione quadro 2008/913/GAI

Descritti i presupposti per un intervento europeo nel settore della lotta a razzismo e xenofobia, entro cui si iscrive il fenomeno del negazionismo, si può passare all'analisi delle specifiche disposizioni emanate in tale ambito. Come anticipato, l'analisi si concentrerà sulla più importante di esse, vale a dire la Decisione quadro 2008/913/GAI, partendo da una rapida disamina del contesto in cui essa va ad inserirsi.

dell'Unione europea, C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena del diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2012, pp. 111 ss.

²²⁷ Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo sulle conseguenze della sentenza CGCE, C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, cit.

²²⁸ Tale lettura è supportata da un ulteriore dato testuale rinvenibile nell'art. 67 TFUE che, nell'elencare una serie articolata di misure per ottenere un "livello elevato di sicurezza", ammette il ricorso a quella dell'armonizzazione in materia penale solo *se necessario*.

L'azione di contrasto alle manifestazioni di razzismo da sempre occupa uno spazio centrale nelle preoccupazioni delle istituzioni europee²²⁹. Ad esempio, nel 1997, proclamato “anno europeo contro il razzismo”²³⁰, svariate sono state le iniziative, tra le quali l'istituzione a Vienna dell'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia²³¹. Il Trattato di Amsterdam, poi, ha introdotto l'art. 13 TCE (al quale è succeduto l'art. 19 TFUE) che ha costituito la base giuridica per le azioni di contrasto alla discriminazione. Hanno chiesto un rafforzamento di tali politiche anche le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999²³² nonché la risoluzione del Parlamento europeo del 21 settembre 2000²³³.

²²⁹ Sulle politiche antirazziste europee, v. S. PIAZZA, *Spunti ricognitivi delle disposizioni di contrasto alle forme di discriminazione razziale nel diritto internazionale, nel diritto europeo e nel diritto comunitario*, in *L'Amministrazione italiana*, 2006, pp. 801 ss.; J.-F. FLAUSS, *L'action de L'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 487 ss.; E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, pp. 32 ss. Per un panorama comparato sulla legislazione di contrasto a razzismo e xenofobia, compresa quella in tema di negazionismo, cfr. il report stilato da EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Combating Racism and Xenophobia Through Criminal Legislation: The Situation in the EU Member States*, Opinion n° 5-2005, 28 novembre 2005 e quello elaborato dall'INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Étude comparative sur la négation des génocides et des crimes contre l'humanité*, Losanna, 12 dicembre 2006; S. PENNICINO, *Italy's proposal on Holocaust denial in a comparative perspective*, in *Revista general de derecho publico comparado*, 2007, in http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=400548&d=1 (ultimo accesso: 30 aprile 2013).

²³⁰ *Gazz. uff. Un. eur.*, C237 del 15 agosto 1996, p. 1. V., comunque, le risoluzioni che già dal 1986 sono state adottate dal Parlamento europeo (ad es., quella del 25 giugno 1986 contro il razzismo e la xenofobia).

²³¹ Regolamento del Consiglio, 2 giugno 1997, n. 1035/97; l'Osservatorio è stato poi assorbito dalla *Fundamental Rights Agency* creata con Regolamento del Consiglio 15 febbraio 2007, n. 168/2007.

²³² Consiglio europeo di Tampere, 15-16 ottobre 1999, *Presidency Conclusions*, par. 19.

²³³ *Gazz. uff. Un. eur.*, C146 del 17 maggio 2001, p. 110.

Passando al livello più propriamente normativo, l'antecedente della Decisione quadro in esame è costituito dall'azione comune 96/443/GAI²³⁴. Se, da un lato, essa strutturava delle forme di cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri, dall'altro, li lasciava liberi di scegliere tra la criminalizzazione dei comportamenti ivi previsti e la deroga al principio della doppia incriminazione per l'estradizione delle persone che li avessero compiuti. Al di là della sua ambigua forza vincolante – che ha portato al superamento dello strumento delle azioni comuni – l'atto va segnalato perché offre la prima definizione a livello europeo di condotte riconducibili al fenomeno del negazionismo.

Oltre alle condotte di *a) istigazione* pubblica alla discriminazione, alla violenza ed all'odio razziale²³⁵, *b) diffusione* e distribuzione pubbliche di materiale razzista e *c) partecipazione* ad attività di gruppi razzisti, si fa menzione degli atti di *apologia* pubblica, a fini razzisti o xenofobi, dei crimini contro l'umanità e delle violazioni dei diritti dell'uomo, nonché della *negazione* pubblica dei crimini definiti all'articolo 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga²³⁶. In quest'ultimo caso, la punibilità è subordinata però alla condizione che la negazione “comprenda un comportamento sprezzante e degradante” nei confronti del gruppo-vittima. Dunque, per far fede al dichiarato intento di rispettare la CEDU e gli altri obblighi internazionali²³⁷, il negazionismo non viene punito come espressione

²³⁴ Azione comune 96/443/GAI del 15 luglio 1996 adottata dal Consiglio sulla base dell'art. K.3 del TUE (Maastricht), “nell'ambito dell'azione intesa a combattere il razzismo e la xenofobia”, pubblicata in *Gazz. uff. Un. eur.*, L185 del 24 luglio 1996, p. 5.

²³⁵ Istigazione che dev'essere rivolta “nei confronti di un gruppo di persone o di un membro di tale gruppo definito rispetto al colore, alla razza, alla religione o all'origine nazionale o etnica”.

²³⁶ Precisamente, si tratta dell'articolo 6 dello Statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'Accordo di Londra dell'8 aprile 1945, che attribuiva la competenza al Tribunale per tre categorie di crimini internazionali: i crimini contro la pace, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità.

²³⁷ Art. C, Titolo I, Azione comune 96/443/GAI, cit.

di un'opinione *tout court* ma solo se si concretizza in un comportamento infamante e offensivo nei confronti delle vittime²³⁸.

Come abbiamo visto nei paragrafi introduttivi²³⁹, la divaricazione tra punizione del negazionismo “puro” e limitazione dell'intervento penale ad una sua forma qualificata che richieda ulteriori condizioni di pericolosità costituisce la *summa divisio* nell'atteggiamento degli Stati europei di fronte a questo tipo di espressioni.

Questa fondamentale frattura si ripropone anche con riguardo al Protocollo addizionale della Convenzione sulla criminalità informatica, adottato nel quadro istituzionale del Consiglio d'Europa²⁴⁰. Limitando l'analisi alle norme più rilevanti ai nostri fini, basti centrare l'attenzione sull'art. 6 del Protocollo addizionale.

Tale disposizione obbliga le parti contraenti a punire la diffusione, attraverso un sistema informatico, di materiale che neghi, minimizzi grossolanamente, approvi o giustifichi atti costituenti *genocidio* o *crimini contro l'umanità*. Precisa, la norma, di riferirsi a quei soli crimini qualificati come tali da una decisione definitiva e vincolante del Tribunale militare di Norimberga o da altre corti internazionali la cui giurisdizione sia riconosciuta dallo Stato parte. Questa limitazione dell'oggetto della condotta punita ai soli fatti per i quali sia già intervenuta una sentenza passata in giudicato – clausola chiaramente ispirata al *modello francese* – fa affiorare problemi ed iniquità che saranno analizzati successivamente²⁴¹.

Ma è il comma successivo che riflette ancor meglio l'incolmabile distanza tra gli ordinamenti europei. Agli Stati è lasciata l'alternativa tra il riservarsi di

²³⁸ Si noti che il Regno Unito e la Danimarca hanno allegato due Dichiarazioni in cui accettano di criminalizzare i descritti comportamenti solo se evidenziano un carattere “minaccioso, insultante o degradante”.

²³⁹ V. *supra*, § I.3.1.

²⁴⁰ *Additional Protocol to the Convention on cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*, firmata a Strasburgo il 28 gennaio 2003. In Italia, al momento, la ratifica, avvenuta con legge 18 marzo 2008, n. 48, si è limitata alla sola Convenzione di Bucarest sulla criminalità informatica.

²⁴¹ V. *infra*, § II.8.1.

non applicare, in tutto o in parte, l'art. 6 ed il subordinare l'illiceità penale delle condotte ivi descritte all'accertamento della *specifica intenzione* di incitare all'odio, alla discriminazione o alla violenza razziale. In altri termini, si permette di continuare a punire le manifestazioni negazioniste esclusivamente qualora siano "*qualificate*" – cioè si configurino come *forme di istigazione* all'odio e alla discriminazione razziale – fermo restando il carattere lecito del *negazionismo "puro"*²⁴².

A conferma della delicatezza e degli approcci contrastanti su tale tematica, le ratifiche del Protocollo da parte dei membri del Consiglio d'Europa ammontano, ad oggi, a venti²⁴³, entro le quali si contano otto dichiarazioni o riserve tese a limitare il campo d'applicazione dell'art. 6. Spagna, Bulgaria, Repubblica ceca, Ungheria, Irlanda, Slovacchia e Regno Unito, invece, non hanno nemmeno firmato il Protocollo²⁴⁴.

Intanto, nel tempo resosi necessario ad approvare la Decisione quadro, alcune pronunce delle supreme magistrature nazionali sono giunte ad arricchire lo scenario. Come già osservato nel capitolo introduttivo, i massimi organi giurisdizionali di Olanda, Ungheria e Spagna, pur nella diversità dei percorsi argomentativi adottati, hanno adottato una linea comune consistente nella contrarietà della criminalizzazione del negazionismo "puro" – cioè punito in sé, senza necessità di provare nessun altro elemento fattuale o psicologico – con le pertinenti norme costituzionali sulla libertà di espressione. A questa tendenza può essere assimilata la recente pronuncia del Consiglio costituzionale francese che ha invalidato una legge tesa ad estendere il reato di negazionismo ai "genocidi riconosciuti come tali dalla legge francese"²⁴⁵.

²⁴² Chiamato, nella dottrina tedesca, "*einfache Auschwitzlüge*".

²⁴³ Cfr. <http://conventions.coe.int/>, visitato in data 31/03/2013.

²⁴⁴ L'Italia ha firmato il Protocollo addizionale in data 9 novembre 2011 ma non ha ancora proceduto con la ratifica.

²⁴⁵ *Conseil constitutionnel, Décision*, 28 febbraio 2012, n. 2012-647 DC, cit., relativa alla legge n. 52 adottata dal *Sénat* il 23 gennaio 2012 e volta a reprimere la contestazione e la minimizzazione grossolana dei genocidi riconosciuti come tali dalla legge francese (cioè per ora, oltre ai già protetti crimini nazisti, solo il genocidio armeno). Le scarse motivazioni del *Conseil* – seppur incentrate sulla carente "portata normativa" di una legge che "riconosce" l'esistenza di un certo genocidio (par. 4, 6) – fanno proprio riferimento ad alcuni indici di

Si posizionano invece sul fronte opposto le corti costituzionali di Germania e Belgio, le quali hanno confermato le soluzioni legislative sottoposte al loro esame con motivazioni che sembrano legittimare una valutazione di *pericolosità in sé* delle affermazioni negazioniste.

La menzionata divaricazione tra gli Stati che accolgono l'uno o l'altro – “puro” o “qualificato” – archetipo di fattispecie, dunque, si approfondisce forse irrimediabilmente. Essa viene cristallizzata nella Decisione quadro 2008/913/GAI ed è verosimilmente destinata a protrarsi, come si vedrà, anche successivamente alla completa recezione delle normative esposte.

6. La Decisione quadro: analisi delle principali disposizioni

La Decisione quadro 2008/913/GAI viene alla luce trascorsi ben sette anni dalla presentazione della proposta da parte della Commissione²⁴⁶, a conferma della difficoltà di raggiungere un compromesso accettabile da parte di tutti gli Stati membri. Essa comprende un cospicuo numero di misure in materia di lotta a razzismo e xenofobia tra le quali: l'introduzione dell'istigazione pubblica alla violenza o all'odio razziale, dell'aggravante dei motivi razzisti e xenofobi, della responsabilità delle persone giuridiche nonché di norme

pericolosità che è necessario accertare nell'espressione che si intende punire: “il est également loisible [au législateur], à ce titre, d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication *qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers*; que, toutefois, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés”; perciò: “les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi” (par. 5, corsivo aggiunto).

²⁴⁶ Cfr. la proposta COM (2001) 664, 28 novembre 2001, pubblicata in *Gazz. uff. Un. eur.*, C75 E del 26 marzo 2002, p. 269; su di essa il Parlamento approvò il proprio parere (non vincolante) il 4 luglio 2002, pubblicato in *Gazz. Uff. UE*, C271 E del 12 novembre 2003. In Consiglio non fu tuttavia possibile trovare un accordo, anche a causa della forte opposizione del governo italiano (cfr. relazione di M. ROURE, atto A6-0444/2007, approvata dal Parlamento il 29 novembre 2007 in occasione del secondo parere obbligatorio). Solo il 19 aprile 2007 è stato trovato un accordo di compromesso, sulla base del testo 8544/07 DROIPEN 34. Sui lavori preparatori, v. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009, pp. 37 ss.

procedurali sull'esercizio dell'azione penale e sulla competenza giurisdizionale²⁴⁷.

6.1. Il reato di negazionismo “allargato”

L'ambito d'indagine sarà circoscritto alla fattispecie dal nostro punto di vista più problematica, il reato di negazionismo (art. 1, comma 1, lett. c) e d)), che affianca quello più generale di *istigazione pubblica alla violenza o all'odio* (art. 1, comma 1, lett. a) e b)).

Il reato di negazionismo viene descritto come *apologia, negazione o minimizzazione grossolana* dei seguenti crimini internazionali: da un lato, genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale²⁴⁸; dall'altro, quelli elencati dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga (sostanzialmente, i crimini

²⁴⁷ V., per alcuni commenti generali su questa Decisione quadro, L. PECH, *The Law of Holocaust Denial*, cit., pp. 39 ss.; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., pp. 69-78; P. LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, n. 3/2011, pp. 109-158; L. CAJANI, *Criminal Laws on History*, cit., pp. 20-49; ID., *Diritto penale e libertà dello storico*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, spec. pp. 379-391; B. RENAULD, *La décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union Européenne: du nouveau en matière de lutte contre le racisme?*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 119 ss.; S. BOCK, *Die (unterlassene) Reform des Volksverhetzungstatbestands*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2011, pp. 46 ss.; M. HELLMANN, J. GÄRTNER, *Neues beim Volksverhetzungstatbestand – Europäische Vorgaben und ihre Umsetzung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, pp. 961 ss.; J.J. GARMAN, *The European Union combats racism and xenophobia by forbidding expression: an analysis of the Framework Decision*, in *University of Toledo Law Review*, 2008, pp. 843 ss.; M. BELL, *Racism and Equality in the European Union*, Oxford, 2008, 164-168; D. FLORE, *Droit pénal européen*, cit., p. 154 ss.; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., pp. 98 ss.; ID., *The third wave*, cit., pp. 530 ss.; C. MANCUSO, *La Decisione quadro 2008/913/GAI: Due passi avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 645-655; F.M. AGNOLI, *Libertà di opinione e Decisione-quadro 2008/913/GAI*, reperibile in <http://www.21e33.it/paginintermedie/commentileggi.html> (ultimo accesso: 30 aprile 2013); L. SCAFFARDI, *Oltre i confini*, cit., pp. 37 ss. e 259 ss.

²⁴⁸ Artt. 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale.

nazisti)²⁴⁹. A livello sanzionatorio, la pena è indicata mediante la tecnica del c.d. *compasso edittale*: la soglia massima dovrà cioè essere compresa tra *almeno* uno e tre anni di reclusione²⁵⁰. In chiusura, l'art. 2 prescrive di punire le condotte di *istigazione e complicità*²⁵¹.

Per la prima volta, insomma, l'oggetto delle espressioni proibite – che agli albori del reato di negazionismo era limitato all'Olocausto – si estende fino ad includere tutti i crimini internazionali²⁵². I timori di restringere eccessivamente la libertà di espressione, combinati con la necessità di raggiungere l'unanimità (a quel tempo) richiesta per l'approvazione degli atti del terzo pilastro, tuttavia, hanno portato a circondare il testo normativo di una serie di cautele e riserve giungendo, come si vedrà, a permettere ad ogni Stato

²⁴⁹ V. però le considerazioni espresse infra, § II.7.2.

²⁵⁰ Si parla in questo caso di *livello minimo del massimo edittale*. Si tratta di una tecnica normativa che, pur approntando un certo grado di armonizzazione, tenta di salvaguardare la potestà punitiva nazionale, tenendo conto delle forti differenze tuttora esistenti tra i sistemi punitivi degli Stati membri. L'apposizione di vincoli più stringenti, in tale contesto, finirebbe per influire negativamente sulla coerenza interna degli ordinamenti penali senza, tra l'altro, giungere ad un'effettiva armonizzazione, impedita dalle eterogenee discipline sul trattamento penitenziario. Per un approfondimento, v. A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa*, cit., pp. 98 ss.

²⁵¹ Sempre l'art. 2, con riferimento ai reati diversi da quelli previsti dall'art. 1, promuove altresì l'adozione di misure adeguate affinché la motivazione razzista e xenofoba del soggetto agente costituisca una circostanza aggravante oppure venga comunque presa in considerazione nella commisurazione della pena.

²⁵² Ci si chiede, visto l'inserimento del *crimine di aggressione* nello Statuto della Corte penale internazionale (art. 8 *bis*) avvenuto con la 1^o Conferenza di revisione di Kampala (31 maggio - 11 giugno 2010), se non sia irragionevole una sua esclusione dai reati elencati dalla Decisione quadro. Parrebbe infatti curioso che, dalla lista (a suo tempo completa) dei crimini internazionali protetti rispetto alle espressioni di negazionismo, venisse escluso proprio uno dei più gravi. Un modo per risolvere la questione sul piano interpretativo, forse, è quello di ritenerlo incluso nel precetto attraverso il rinvio ai crimini previsti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga, tra i quali figurano anche quelli contro la pace (precursori di ciò che oggi viene chiamato aggressione). Ciò sarebbe naturalmente possibile solamente ove questo riferimento ai crimini definiti dallo Statuto di Norimberga fosse concepito come rinvio oggettivo, come suggerito da Agnoli (v. *infra* nota 299).

membro di mantenere gli aspetti fondamentali della propria legislazione in materia.

Una prima precisazione va fatta in merito alla stessa definizione delle condotte. Le espressioni negazioniste di cui viene richiesta l'incriminazione sono solo quelle che rispondono ad una duplice condizione di pericolosità: *a)* essere dirette pubblicamente contro uno degli elencati gruppi-vittima o un suo membro²⁵³ e *b)* risultare atte ad *istigare* alla violenza o all'odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro (art. 1, comma 1, lett. *c)* e *d)*). Sembrerebbe quindi che il comportamento preso di mira dall'atto europeo sia solo quello qualificabile come istigazione, perlomeno indiretta. Esso rientra così nell'ambito di operatività della più generale fattispecie di cui all'art. 1, comma 1, lett. *a)* e *b)*, della quale costituisce una forma di manifestazione²⁵⁴, svuotando di significato autonomo la previsione di cui alle lett. *b)* e *d)*, cioè la fattispecie di negazionismo. Di conseguenza vengono sterilizzati, in relazione a tale aspetto, gli effetti giuridicamente vincolanti della Decisione quadro. Gli ordinamenti che vietano il negazionismo solo se qualificato – inquadrabile cioè come forma di incitamento all'odio razziale –, non saranno allora obbligati ad estendere l'area di punibilità al negazionismo puro.

In aggiunta a questa, che opera direttamente a livello di definizione delle condotte, la Decisione quadro contiene varie clausole, plasmate sui diversi modelli di incriminazione degli Stati membri, che ne alleggeriscono ulteriormente il reale impatto di armonizzazione, mostrandone il volto principalmente simbolico²⁵⁵. Esse operano come “elementi opzionali” che

²⁵³ Per i problemi sollevati rispetto all'identificazione di tali gruppi, con una acuta riflessione sugli opposti criteri oggettivo e soggettivo, v. E. FRONZA, *Il crimine di genocidio*, in AA.VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, 2° ed., Milano, 2010, pp. 405 ss.

²⁵⁴ Così anche O. POLLICINO, *Il negazionismo nel diritto comparato*, cit., pp. 90; F.M. AGNOLI, *Libertà di opinione e Decisione-quadro 2008/913/GAI*, cit., p. 2; quest'ultimo Autore, per tale motivo, giudica l'intero contenuto della lettera *c)* “privo di senso e superfluo”.

²⁵⁵ Cfr. A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit., p. 103, nota 109, il quale ritiene che la proposta di Decisione quadro (poi approvata nel testo che l'Autore stava commentando) finisca “per configurare fattispecie improntate agli schemi del diritto penale d'autore e del diritto penale simbolico”.

possono essere introdotti nella fattispecie in sede di trasposizione interna, in modo da circoscrivere il suo ambito di intervento e perciò ridurre il perimetro di condotte da considerare illecite.

6.2. Gli “elementi opzionali” della fattispecie

Un primo margine di manovra è fornito dal secondo comma dell’art. 1 che lascia agli Stati la libertà di rendere punibili soltanto i comportamenti “atti a turbare l’ordine pubblico”²⁵⁶ o che “sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi”²⁵⁷. Mentre il riferimento all’ordine pubblico richiama l’archetipo sviluppatosi in Germania²⁵⁸, l’ultima parte ripropone quello in vigore in Gran Bretagna²⁵⁹.

La seconda clausola si ispira invece al modello francese, rendendo possibile – ma non obbligatorio – l’inserimento, in fase di trasposizione, di un ulteriore elemento del reato²⁶⁰. La punibilità della negazione o della minimizzazione grossolana²⁶¹ potrà essere circoscritta alle espressioni riguardanti solo quei crimini internazionali che siano stati accertati da una decisione passata in giudicato emessa da un tribunale internazionale e/o da un organo giurisdizionale dello Stato membro. Ipotizzando un recepimento della Decisione quadro in tutte le sue parti, questa clausola – una volta sradicata dal sistema francese, nel quale il reato di negazionismo copre esclusivamente i crimini nazisti – conduce però ad esiti paradossali, come verrà messo in luce nei paragrafi successivi.

²⁵⁶ La proposta iniziale della Commissione COM (2001) 664 def, 28 novembre 2001, art. 4, lett. b), menzionava invece, per il reato di negazionismo riferito solo ai crimini nazisti, la “quiete pubblica”, requisito ritenuto “troppo vago” dal Parlamento europeo (v. emendamento 6, Risoluzione P6_TA(2007)0552, 29 novembre 2007). Sembra invece che, intesa come *pubblica tranquillità*, avrebbe potuto rappresentare – meglio dell’ordine pubblico – un elemento di tassatività e materialità più solido.

²⁵⁷ Corsivi aggiunti in entrambe le citazioni.

²⁵⁸ V. § 130 StGB e, *infra*, § II.8.2.

²⁵⁹ Art. 18 del *Public Order Act 1986*, v. *infra*, § II.8.3.

²⁶⁰ È richiesta una dichiarazione in tal senso da parte dello Stato che intende avvalersi della clausola.

²⁶¹ Ma non quella dell’apologia.

Un'ultima limitazione alla piena efficacia delle disposizioni in parola viene dai molteplici riferimenti alle norme sulla libertà di espressione di cui è cosparso il testo normativo. Già nei *considerando* che precedono la parte vincolante, la Decisione quadro premette difatti di rispettare i diritti fondamentali²⁶². La preoccupazione di incidere negativamente su di essi si palesa altresì nell'articolato, dove l'art. 7 ribadisce che "l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE, tra cui la libertà di espressione e di associazione, non è modificato per effetto della presente decisione quadro" la quale, tra l'altro, non vincola gli Stati nemmeno a prendere misure contrastanti con i principi fondamentali riguardanti le suddette libertà "quali risultano dalle tradizioni costituzionali o dalle norme che disciplinano i diritti e le responsabilità della stampa o di altri mezzi di comunicazione"²⁶³. Precisazioni, queste, delle quali non è agevole comprendere la reale efficacia, al di là delle finalità *simbolico-rassicuranti*²⁶⁴. Se infatti, da un lato, la Decisione quadro, essendo gerarchicamente subordinata al Trattato, già soggiace ai *diritti fondamentali* in quanto principi generali del diritto dell'Unione²⁶⁵, dall'altro, le libertà di espressione e di

²⁶² V. il considerando 14, che si riferisce ai diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in particolare dagli artt. 10 e 11 sulle libertà di espressione, riunione ed associazione), dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 6 del TUE (Nizza) – ora artt. 2 e 6 TUE – espressivo dei valori fondanti dell'Unione europea.

²⁶³ La formulazione criptica di questa disposizione è determinata dagli snervanti negoziati tra gli Stati membri – per i quali il comma 2 dell'art. 7 è di "vitale importanza". Si trattava di stabilire se gli Stati fossero limitati – nell'obbligo di penalizzare le condotte descritte dall'art. 1 – dalle rispettive *norme e tradizioni costituzionali* (nazionali) o solo dai *principi fondamentali comuni* risultanti, certo, dalle tradizioni o norme costituzionali ma considerate nel loro complesso. Ad essere in gioco, forse, era soprattutto la competenza giurisdizionale per il loro accertamento: se si fosse fatto riferimento ai principi fondamentali comuni, dubbi non ci sarebbero stati nel dichiarare il compito esegetico di pertinenza della CGCE, anziché delle Corti costituzionali nazionali.

²⁶⁴ V. C. MANCUSO, *La Decisione quadro 2008/913/GAI*, cit., p. 649, che riconduce questa "non usuale formula" alle difficoltà degli Stati membri nel raggiungere un compromesso sul testo della Decisione quadro.

²⁶⁵ Art. 6 TUE, sia nella versione precedente, sia in quella successiva alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona.

associazione sarebbero comunque fatte salve dalla teoria dei controlimiti, facendo esse parte dei *principi supremi* dell'ordinamento. In attesa di un intervento chiarificatore della Corte di Giustizia, e prendendo spunto, intanto, dalle preoccupate osservazioni della Commissione²⁶⁶, l'unico possibile effetto potrebbe essere quello di subordinare le disposizioni della Decisione quadro non solo, come normalmente accade, ai principi supremi, bensì a *tutte le disposizioni costituzionali* degli Stati membri, ponendo in pericolo la consolidata geometria del primato del diritto comunitario.

6.3. Le disposizioni procedurali, in particolare, la competenza giurisdizionale

Tra le altre disposizioni della Decisione quadro, meritano di essere segnalate quelle di tipo procedurale. In primo luogo, viene imposto agli Stati la procedibilità d'ufficio dei reati di cui all'art. 1; a ben vedere, tuttavia, la norma risulta essere meno cogente rispetto a quella inizialmente proposta dalla Commissione europea²⁶⁷: questo regime viene infatti imposto solo “nei casi più gravi”²⁶⁸, lasciando quindi ai singoli ordinamenti la scelta sul posizionamento del confine con la procedibilità a querela. Si noti, a conferma della notevole discrezionalità concessa anche in tale ambito, che la Decisione quadro non offre alcun indice in merito ai criteri per individuare i menzionati “casi più gravi”.

Più incisiva risulta essere la disciplina della competenza giurisdizionale, ispirata dall'intento di dare considerevole estensione al perimetro del potere punitivo di ciascun sistema. Agli Stati viene infatti richiesto di esercitare la propria giurisdizione sugli atti posti in essere: *a)* interamente o in parte sul proprio territorio; *b)* da uno dei loro cittadini; oppure *c)* a vantaggio di una persona giuridica avente la sede legale sul loro territorio²⁶⁹.

²⁶⁶ V. la dichiarazione sul testo definitivo della Decisione quadro in 16351/1/08 REV 1, 26 novembre 2008, p. 4.

²⁶⁷ Cfr. l'art. 11 della proposta COM (2001) 664 def, cit., il quale prescrive la procedibilità d'ufficio per tutti i reati perpetrati sul territorio nazionale, anziché solo per quelli più gravi.

²⁶⁸ Art. 8 della Decisione quadro.

²⁶⁹ Art. 9, comma 1 della Decisione quadro.

La norma più interessante viene sancita dal comma successivo che si occupa delle condotte compiute per mezzo di un “sistema di informazione”, cioè in sostanza attraverso l’uso di internet. In questi casi la giurisdizione deve essere esercitata sia qualora il comportamento venga compiuto da un soggetto fisicamente presente sul territorio dello Stato, sia nei casi in cui, viceversa, sia il server ad essere collocato entro i confini nazionali²⁷⁰. L’ampiezza di queste regole di competenza rende probabile un’escalation dei conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri, visto che un vasto ventaglio di condotte pare idoneo ad innescare simultaneamente i meccanismi giudiziari di almeno due paesi (quello in cui si trova il server che ospita il materiale e quello in cui si trova l’agente al momento di commissione del fatto). La soluzione ad un tale conflitto sembra essere resa ancora più complessa dalla circostanza che gli effetti di armonizzazione discendenti dalla Decisione quadro sono ridotti; la fisionomia delle fattispecie di negazionismo adottate nei vari sistemi nazionali, perciò, potrà contenere una moltitudine di elementi divergenti che certo non faciliteranno la cooperazione giudiziaria.

Questo profilo va ulteriormente approfondito alla luce della disciplina sul mandato d’arresto europeo (MAE), in base alla quale – per una serie di reati – lo Stato che emette l’ordine di cattura può richiedere allo Stato europeo in cui si trova il destinatario del provvedimento di eseguire la misura restrittiva, a prescindere dal requisito della doppia incriminazione²⁷¹. A tal riguardo potrebbe accadere che uno Stato richieda la consegna di una persona imputata di un fatto non qualificato come reato nello Stato ove essa risiede e in cui

²⁷⁰ Art. 9, comma 2 della Decisione quadro.

²⁷¹ Decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Per un’incisiva critica del mandato d’arresto europeo, che ha ispirato, successivamente, la prudenza del legislatore italiano in sede di trasposizione, v., per tutti, V. CAIANIELLO, G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 232 ss. V., altresì, R. CALVANO, *Legalità costituzionale e mandato d’arresto europeo*, Napoli, 2007 e gli scritti in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato di arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004. Più di recente, v. D. SAVY, *La tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei principi generali del diritto dell’Unione nella disciplina del mandato di arresto europeo*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 22 ottobre 2012 (ultimo accesso: 30 aprile 2013).

magari si trovava quando ha inserito nel sito web il materiale contestato²⁷². Questa evenienza sembra poter sorgere con facilità nei rapporti tra gli ordinamenti che puniscono il negazionismo anche nella sua forma pura e quelli che, al contrario, richiedono ulteriori condizioni di punibilità come ad esempio la sua capacità istigatoria. Visto che la Decisione quadro non impone l'uno o l'altro modello di incriminazione, non è nelle sue pieghe che potrà trovare composizione il conflitto prefigurato²⁷³.

Un esempio illuminante viene offerto dal caso *Töben*, che ha contrapposto il Regno Unito e la Germania nel 2008. Gerald Fredrick Töben è un cittadino australiano (di origini tedesche) celebre per aver fondato l'“Adelaide Institute”, un gruppo avente l'obiettivo di screditare il “mito dell'Olocausto”. Proprio il materiale negazionista diffuso dalla sua residenza in Australia attraverso il sito internet dell'Institute è stato alla base di una condanna da parte delle corti tedesche, ritenutesi competenti poiché le pagine web erano visibili dai computer ubicati in Germania (come, del resto, da quelli di tutto il mondo)²⁷⁴.

²⁷² Cfr. S. MANACORDA, *La deroga alla doppia punibilità nel mandato di arresto europeo e il principio di legalità (note a margine di Corte di Giustizia, Advocaten voor de Wereld, 3 maggio 2007)*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 4346 ss., il quale ritiene che la normativa sul mandato d'arresto europeo possa incidere negativamente sul “nucleo duro” del principio di legalità, rappresentato dalla riserva di legge, nel momento in cui la richiesta di arresto venga emessa per un fatto non costituente reato nel territorio dello Stato di esecuzione ed ivi commesso.

²⁷³ V. S. MANACORDA, *La deroga alla doppia punibilità nel mandato di arresto europeo e il principio di legalità*, cit., p. 4357, ove si nota la risposta penale differenziata data dagli Stati europei in materia di razzismo e xenofobia, che può condurre a violazioni dei principi di legalità e colpevolezza in relazione all'applicazione del MAE; questa scarsa armonizzazione è dovuta probabilmente, secondo l'Autore, ad una “divergenza di vedute tra gli Stati europei in relazione al disvalore da annettere a determinate condotte”.

²⁷⁴ I principi sulla giurisdizione sono stati affermati in BGH, 12 dicembre 2000, 1 StR 184/00. Il *Bundesgerichtshof* ha osservato come i materiali caricati sul sito web – nonostante scritti in lingua inglese – fossero facilmente accessibili dalla Germania, le cui corti potevano dunque ritenersi competenti a giudicare del reato previsto dal § 130 StGB, in ragione degli effetti dannosi prodotti da tali espressioni nel territorio tedesco (v. par. D, I, 6(c) della sentenza).

A seguito di un mandato di arresto europeo spiccato dalle autorità tedesche, Töben è stato catturato all'aeroporto di Londra²⁷⁵. Il caso ha sollevato numerose reazioni nella stampa britannica, tese ad evidenziare i pericoli per la libertà di espressione posti dallo strumento del MAE²⁷⁶. Al di là dell'esito di questo singolo procedimento – chiuso dal tribunale inglese di prima istanza a causa di un vizio di indeterminatezza del provvedimento tedesco²⁷⁷ –, la vicenda è paradigmatica di come un'ampia lettura delle regole sulla giurisdizione adottata in un paese (in questo caso, in Germania), combinata con la vaghezza delle materie per cui è attivabile il MAE, possa portare alla punibilità delle espressioni negazioniste anche fuori dai confini in cui sono previste come reato.

Questi profili sollevano naturalmente notevoli perplessità per quanto concerne il rispetto dei principi di legalità e colpevolezza – si pensi alla possibilità concreta per un cittadino che carichi certi contenuti su un sito internet di rendersi conto se questi infrangono le leggi penali di alcuno dei 27 paesi europei in cui il materiale diventa automaticamente visibile –. Va inoltre sottolineato il fatto che non sempre (anzi, raramente) colui che esprime delle opinioni per mezzo di internet è messo a conoscenza del luogo in cui è collocato il server che fisicamente ospita tali dati. Quindi occorrerebbe

²⁷⁵ V., ad esempio, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/germany/3126769/Holocaust-denier-Gerald-Toben-faces-extradition-to-Germany.html> (ultimo accesso: 30 aprile 2013).

²⁷⁶ V., ad esempio, <http://www.indexoncensorship.org/2008/10/extradition-will-make-dr-toben-a-martyr/> (ultimo accesso: 30 aprile 2013); <http://www.guardian.co.uk/politics/blog/2008/oct/03/secondworldwar.foreignpolicy> (ultimo accesso: 30 aprile 2013); <http://jc-thn-ws3.thejc.com/comment/columnists/denial-not-a-criminal-matter> (ultimo accesso: 30 aprile 2013); <http://www.telegraph.co.uk/news/politics/liberaldemocrats/3133966/Chris-Huhne-Dont-extradite-alleged-Holocaust-denier-Frederick-Toben.html> (ultimo accesso: 30 aprile 2013).

²⁷⁷ Il mandato di arresto è stato ritenuto invalido dal giudice Daphne Wickham della Corte di Westminster in quanto il documento redatto dalle autorità tedesche non conteneva dettagli sufficienti sui crimini per i quali Töben era stato condannato; la Germania ha rinunciato a proporre appello contro tale decisione, v. <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1081579/Suspected-Holocaust-denier-wins-legal-fight-extradition-judge-throws-case-court.html> (ultimo accesso: 30 aprile 2013).

accertare, come minimo, che il luogo di conservazione dei dati fosse conosciuto o conoscibile dal soggetto, prima di dare corso ad una richiesta straniera di estradizione o di consegna. Inoltre, sempre per rispettare il principio di colpevolezza, sarebbe opportuno verificare l'accessibilità (non solo in senso materiale ma anche psicologico)²⁷⁸ della legge penale straniera da parte dell'agente.

7. Gli effetti di armonizzazione della Decisione quadro

Le considerazioni finora svolte mettono in luce come la Decisione quadro, anche a causa dell'eterogeneità degli approcci europei in materia, non ponga dei vincoli particolarmente stringenti agli Stati²⁷⁹. A questo riguardo si ricordi, tra l'altro, che le decisioni quadro, essendo atti sorti all'interno del (non più esistente) terzo pilastro dell'Unione europea, non comportano alcuna sanzione in caso di inerzia degli Stati membri nella fase della trasposizione. A differenza di quanto avviene per le direttive europee, cioè, la Commissione europea non ha il potere di innescare un procedimento di infrazione a carico

²⁷⁸ Non si tratta cioè solamente di accertare che la legislazione straniera fosse al momento del fatto fisicamente disponibile, oltretutto rintracciabile, dall'agente (è probabile infatti che tutti i paesi europei ormai pubblichino online gran parte dei provvedimenti normativi statali). L'analisi si dovrebbe anche occupare, soprattutto, di verificare la concreta conoscibilità e comprensibilità di una tale disciplina straniera da parte della persona imputata, considerando le sue circostanze personali e culturali nonché le sue competenze linguistiche. Sembrerebbe infatti inaccettabile che un soggetto, autore in ipotesi di alcuni messaggi negazionisti in lingua italiana su un sito pensato per il pubblico italiano, venisse assoggettato a procedimento penale in un altro paese solo perché la pagina web è visibile anche in quel territorio e l'italiano è un idioma accessibile ad un certo numero di persone ivi residenti.

²⁷⁹ Questa scarsa capacità armonizzatrice è ammessa nella stessa Decisione quadro, al considerando 6: "Poiché le tradizioni culturali e giuridiche degli Stati membri sono in parte diverse, in particolare in questo campo, non è attualmente possibile una piena armonizzazione delle norme penali".

dello Stato inadempiente²⁸⁰. Per questo parte della dottrina ha sottolineato la “carezza di effettività” in concreto delle decisioni quadro²⁸¹.

Questa situazione dovrebbe mutare trascorso il periodo transitorio quinquennale previsto dal Trattato di Lisbona: a partire dal dicembre 2014 anche in relazione alle decisioni quadro le istituzioni europee potranno esercitare i penetranti poteri di cui dispongono nelle altre aree di competenza dell’Unione, inclusa – sembra – la procedura di infrazione in caso di mancata o inadeguata trasposizione dell’atto europeo²⁸². Restano invece invariati gli effetti giuridici delle decisioni quadro – salvo in caso di loro emendamento –, le quali continueranno ad essere prive di quell’effetto diretto tipico delle direttive²⁸³, e quindi non potranno dar luogo a disapplicazione, da parte del giudice interno, delle disposizioni nazionali con esse confliggenti, come di recente chiarito dalla nostra Corte costituzionale²⁸⁴.

Al di là di queste considerazioni di carattere istituzionale e normativo, la Decisione quadro non sembra potrà produrre effetti giuridici dirompenti sul panorama europeo soprattutto a causa del suo carattere compromissorio, che fotografa (e legittima) l’esistente frattura tra gli Stati dove il negazionismo è punito in sé e quelli dove, viceversa, sono richiesti elementi di pericolosità ulteriori.

Questa scarsa vincolatività – ribadiamo, sul piano strettamente giuridico – della Decisione quadro solleva interrogativi sulle ragioni sottese alla sua approvazione. Sorge il sospetto, già adombrato in riferimento a tutto il settore della lotta a razzismo e xenofobia, che la criminalizzazione del negazionismo risponda a motivazioni prevalentemente simboliche. Vi è una duplice sfaccettatura di questo carattere di fondo: la prima, di tipo contingente, è che la Decisione quadro viene sfruttata dall’Unione europea per ragioni essenzialmente costituzionali ed identitarie, come già osservato²⁸⁵; la seconda,

²⁸⁰ V. *supra*, § II.2.1.

²⁸¹ A. BERNARDI, *L’europeizzazione*, cit., p. 43; F. CHERUBINI, *L’obbligo di interpretazione conforme*, cit., spec. p. 174.

²⁸² Art. 10, commi 1 e 3, del Protocollo n. 36 del Trattato di Lisbona.

²⁸³ Art. 9, del Protocollo n. 36 del Trattato di Lisbona.

²⁸⁴ C. cost., sent. n. 227/2010, cit., (in diritto), par. 7 e 7.1.

²⁸⁵ V. *supra*, § II.6.2.

inerente alla condotta di contestazione dell'Olocausto, deriva dalla connessione del ripudio di tale atroce evento con la scelta assiologica alla base di molti degli ordinamenti politici europei, sulla quale torneremo più avanti²⁸⁶. In entrambi i casi lo scopo principale degli attori istituzionali è quello di *mandare un messaggio ai consociati*²⁸⁷.

Per questo l'approvazione della Decisione quadro era in sé un risultato importante da raggiungere, anche a costi di dare il via ad uno strumento normativo di scarso impatto legale. Anche perché non trascurabili effetti – *in primis* di tipo persuasivo – sono comunque riconducibili a tale atto europeo, come suggerisce l'espansione della criminalizzazione delle condotte da esso previste, avvenuta nel corso dell'ultimo decennio, specialmente nei paesi dell'ex blocco sovietico.

Una prima conseguenza della Decisione quadro, quindi, si produce sul piano politico. La (sovente artatamente) addotta necessità di adeguare agli obblighi europei i sistemi che non puniscono espressamente il negazionismo può svilire la discussione sull'opportunità di una simile incriminazione, presentata come l'ineluttabile adempimento di un vincolo esterno.

Passando al piano giuridico, non è chiaro fino a che punto si spinga il margine di apprezzamento statale in fase di trasposizione della Decisione quadro. Un punto rimane comunque fermo: in materia di razzismo e xenofobia, è stata fissata la *soglia minima di tutela penale*. Negli Stati dell'Unione europea, il livello di criminalizzazione in questo settore non può più abbassarsi sotto il livello dell'istigazione pubblica all'odio o alla violenza su base razziale, etnica o religiosa, in virtù della chiara disposizione dell'art. 1, comma 1, lett. a), della Decisione quadro. È comunque ammesso il ricorso a due fattori di riduzione della punibilità, previsti dal comma successivo che così recita: “gli Stati membri possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o che sono minacciosi, offensivi o ingiuriosi”.

Venendo al negazionismo, si è notato come l'atto europeo di cui si discute lasci sostanzialmente aperta l'alternativa tra l'incriminazione della sua forma

²⁸⁶ V. *infra*, § IV.2.

²⁸⁷ Parla di fattispecie improntate ad un “diritto penale simbolico” anche A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit., p. 103, nota 109.

pura e quella della sua forma qualificata, cristallizzando la dicotomia al momento esistente tra i membri dell'Unione. I sistemi che puniscono il negazionismo solo nell'ambito dell'istigazione all'odio e alla violenza non sono dunque assoggettati ad alcun obbligo di incriminazione ulteriore.

Una volta però che abbiano effettuato la scelta a favore del modello puro, non sembra che gli Stati possano sottrarsi ad almeno tre effetti di armonizzazione: a) l'identificazione delle *condotte* vietate nella negazione, apologia e minimizzazione grossolana; b) l'estensione dell'*oggetto* di tali espressioni a tutti i crimini internazionali e c) l'adozione, per questi ultimi, di una *definizione* comune²⁸⁸. All'interno dell'atto europeo, perciò, vanno distinti gli "elementi opzionali" della fattispecie – tra cui gli Stati possono liberamente scegliere – e gli "elementi definitivi", che impongono l'adozione di nozioni uniformi all'interno del precetto.

In altri termini, a meno di rinunciare ad attribuire un qualunque minimo significato giuridicamente vincolante alla Decisione quadro in esame, non sembra che agli Stati sia stata lasciata una completa facoltà di *shopping* tra le varie clausole. Quelli che optino – o abbiano già optato – per l'incriminazione del negazionismo puro potranno sì scegliere di includere o meno gli altri elementi opzionali sopra indicati²⁸⁹ (ad esempio, il riferimento alla pace pubblica o alla decisione definitiva di un tribunale nazionale o internazionale), ma rimarranno vincolati quanto all'identificazione delle modalità espressive vietate – la *condotta* – e dei crimini ai quali si estende la protezione contro la contestazione – l'*oggetto* dei discorsi proibiti – in base ad una loro *definizione* uniforme²⁹⁰.

²⁸⁸ La comune definizione è data dal rinvio operato dalla Decisione quadro ai testi degli Statuti della Corte penale internazionale e del Tribunale militare internazionale di Norimberga.

²⁸⁹ V. *supra* § II.6.2.

²⁹⁰ Cfr., tuttavia, la legge di trasposizione approvata in Germania: *Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008 [...]*, 16 marzo 2011, la quale non sembra accogliere tale punto di vista, considerando che si propone di adempiere alle obbligazioni discendenti dalla Decisione quadro mediante una lieve modifica, tesa ad estendere il campo di applicazione del reato di *Volksverhetzung*, previsto dal § 130 StGB, alle condotte dirette contro i membri dei gruppi protetti (anziché contro i

Passiamo dunque all'analisi di queste tre direzioni di armonizzazione per valutarne la portata nell'economia della fattispecie di negazionismo.

7.1. L'unificazione delle modalità di condotta

Non negando la dubbia afferrabilità di tutte le modalità di azione tipizzate, la condotta che maggiormente contrasta con il principio di tassatività è quella di *minimizzazione grossolana*. Essa consisterebbe nella relativizzazione del fatto criminoso per farlo apparire come “uno dei tanti massacri”; è quanto già concretamente addebitato al politico francese di estrema destra Jean-Marie Le Pen che in una conferenza stampa giudicò le camere a gas come un “dettaglio nella storia della seconda guerra mondiale”²⁹¹.

Se si assume che minimizzare equivale a “relativizzare”, “porre a confronto” per far venir meno l'unicità di un evento storico, anche altre opinioni potrebbero *in astratto* correre il rischio di rientrare nel perimetro di questa definizione. Sergio Romano, ad esempio, dopo aver constatato che le guerre del XX secolo hanno ucciso non meno di 87 milioni di persone, che nei gulag sovietici persero la vita 12 milioni di civili ai quali vanno aggiunte altre 7 milioni di vittime della collettivizzazione staliniana, conclude: “Non tutti questi genocidi hanno agli occhi della pubblica opinione la stessa importanza. Quello degli ebrei occupa, nell'immaginazione collettiva del mondo occidentale, uno spazio dominante”²⁹². In questo modo, però, il giornalista

soli gruppi nel loro complesso). Sottolinea lo scarso impatto di questo provvedimento, dubitando altresì della sua capacità di soddisfare integralmente gli obblighi europei, S. BOCK, *Die (unterlassene) Reform des Volksverhetzungstatbestands*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2011, pp. 46 ss.

²⁹¹ Cfr. M. CERASE, *Il revisionismo storico al vaglio del Parlamento europeo: Le Pen a giudizio*, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 1671 ss. L'affermazione è così completata: “se prendete un libro di 1000 pagine sulla seconda guerra mondiale, scritto per commemorare i 50 milioni di morti... e se di queste 1000 pagine, 2 pagine accennano ai campi di concentramento, e se di queste 2 pagine, 10-15 righe sono dedicate al problema delle camere a gas, è questo che si chiama un dettaglio”. Le affermazioni sono riportate anche da Gerard Courtois, “*M. Le Pen reaffirme que les chambres à gaz n'ont été qu' "un détail"*”, in *Le Monde*, 8 dicembre 1997.

²⁹² S. ROMANO, *Lettera a un amico ebreo*, Milano, 1997, pp. 26-27.

potrebbe rischiare di venire accusato di relativizzare l'Olocausto, dipingendolo come *uno dei* terribili massacri avvenuti nel corso della storia più recente e minimizzandone in questo modo la portata. Certo, si potrebbe asserire che il lemma "minimizzare" sia da leggere in modo più restrittivo come tentativo di "riduzione al minimo" dell'importanza di un evento storico; anche così, comunque, l'incertezza semantica resta foriera di arbitri applicativi.

Per distinguere tra le due situazioni esposte non vale neppure addurre la diversità dell'elemento psicologico dei due autori a confronto. La punibilità di tali affermazioni prescinde infatti dall'accertamento di un qualunque coefficiente mentale poiché l'ipotesi di partenza è quella di una criminalizzazione del negazionismo "puro", cioè affrancato da altri indici di pericolosità della condotta – quali, ad esempio, l'intenzione di discriminazione razziale –. Un ruolo centrale di selezione delle condotte punibili verrà perciò giocato dall'aggettivo "*grossolano*" che – inteso come "poco accurato", "poco rifinito", "poco raffinato" o "approssimativo" – riduce, in ultima analisi, la differenza tra espressioni lecite ed illecite ad una questione stilistica e metodologica in cui eccessiva si fa la discrezionalità giudiziale²⁹³. Ne discende un imponente pericolo che il *giudizio* sulle affermazioni (*id est* sul fatto) venga viziato dal *pregiudizio* sui loro autori.

Comunque, se anche la condotta vietata fosse circoscritta alla sola *negazione* – elidendo modalità più anodine quali la minimizzazione grossolana e

²⁹³ Criticano l'eccessiva vaghezza del termine F.M. AGNOLI, *Libertà di opinione e Decisione-quadro 2008/913/GAI*, cit., p. 3, che nota come l'aggettivo possa avere la funzione di facilitare la punibilità del negazionismo "in particolare quando manchi l'estremo della istigazione alla violenza o all'odio"; C. MANCUSO, *La Decisione quadro 2008/913/GAI*, cit., p. 651. Per considerazioni ancora attuali sui problemi sollevati dai limiti formali alla manifestazione del pensiero, che "tendono a trasformare la libertà di pensiero da diritto democratico in privilegio aristocratico", v. D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, cit., p. 192; critica aspramente (ed acutamente) le distinzioni tra protetto e proibito basate sulla forma, sullo stile del discorso C. FIORE, *I reati di opinione*, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. II, Napoli, 2002, spec. pp. 21 ss.

l'apologia²⁹⁴ – non sembra che la fattispecie ne uscirebbe necessariamente orientata a maggiore tassatività. Basti volgere lo sguardo al sistema francese che, *in the books*, punisce esclusivamente la “*contestation*” dell'Olocausto. A dispetto di questo limite, in base ad un'interpretazione giurisprudenziale ampia, il perimetro del precetto comprende, *in the facts*, la banalizzazione e la minimizzazione rappresentate, ad esempio, dal contestare il numero delle vittime dell'Olocausto, screditare le istituzioni e le prove attinenti al processo di Norimberga o dubitare del significato dell'espressione “soluzione finale”²⁹⁵. Ad assumere rilievo determinante, secondo i giudici francesi, è la sottesa “mala fede” dell'agente, vero denominatore comune dei fatti citati. Ciò dimostra come le varie modalità di condotta elencate, nella loro eterogeneità semantica, rischino in realtà di andare a costituire un'*endiadi*, confondendosi l'una con l'altra fino a dar luogo, di fatto, ad un elemento a condotta libera.

²⁹⁴ Sui problemi sollevati dall'apologia, e in particolare sulla vera *ratio* posta a suo fondamento, v. le pagine ancora attualissime di C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, pp. 103 ss., spec. p. 108 (“la *ratio* dell'incriminazione dell'apologia – più che nella prevenzione dell'eventualità, del tutto remota, che ne scaturiscano ulteriori reati – sta nella tutela del complesso di valori spirituali e morali che la “glorificazione” del delitto, in quanto tale, può talora offendere come il delitto stesso”). Di recente, giudica l'apologia di delitto “uno dei reati d'opinione più problematici” sia da un punto di vista tecnico sia per la violazione dei principi costituzionali di libertà di espressione, materialità ed offensività del reato, A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 736.

²⁹⁵ *Cour de cassation, Chambre criminelle* (“Cass. crim.”), 12 settembre 2000, n. 98-88.204, *Garaudy*; Cass. crim., 17 giugno 1997, n. 94-85126 in *Recueil Dalloz*, 1998, Jur., pp. 40 ss. V., per altri casi pertinenti, E. FRONZA, *Il reato di negazionismo*, cit., p. 44 ss. Tra le varie condanne a Jean-Marie Le Pen, v. quella inflitta – perchè aveva minimizzato, in un'intervista al settimanale *Rivarol*, i crimini commessi dai nazisti durante il periodo di occupazione in Francia – dal *Tribunal correctionnel* di Parigi, 8 febbraio 2008, confermata in appello il 21 gennaio 2009 (http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/le-pen-peine-confirmer-en-appel-pour-ses-propos-sur-les-crimes-nazis_734944.html (ultimo accesso: 30 aprile 2013)).

7.2. L'estensione dell'oggetto delle espressioni incriminate

Il secondo elemento coinvolto nell'armonizzazione – l'estensione della tutela a tutti i crimini internazionali – rappresenta la concretizzazione della maggiore controindicazione che si oppone alla criminalizzazione del negazionismo: il c.d. *slippery slope effect*²⁹⁶, del quale daremo ampiamente conto nel capitolo conclusivo²⁹⁷.

L'art. 1, comma 1, lett. c) e d) della Decisione quadro richiede che gli Stati pongano in essere le misure idonee affinché siano rese punibili le seguenti condotte:

- c) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale [...];
- d) l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini definiti all'articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all'accordo di Londra dell'8 agosto 1945 [...].

Il coordinamento di queste due lettere, dal punto di vista dell'ermeneutica giuridica, solleva alcuni interrogativi. Partendo dalla lett. d), ci si chiede quale possa essere il suo spazio di autonomia, considerando che le previsioni criminose contenute nello Statuto del Tribunale di Norimberga risultano assorbite dalle (spesso più ampie) fattispecie presenti nello Statuto di Roma. Anche in assenza del richiamo a questo celebre antenato della giustizia penale internazionale, la negazione dell'Olocausto sarebbe potuta risultare sicuramente punita in virtù della qualificazione di questo evento come

²⁹⁶ L'espressione è della Corte Suprema canadese nel caso *R v. Keegstra* [1990] 3 SCR 697 diventato il punto di riferimento internazionale per un approccio all'*hate speech* rivelatosi capace di conciliare la libertà di espressione e la tutela della dignità umana. V., anche per un resoconto sulle circostanze concrete del caso ed altri elementi di contesto, W.A. SCHABAS, D. TURP, *La Charte canadienne des droits et libertés et le droit international: les enseignements de la Cour suprême du Canada dans les affaires Keegstra, Andrews et Taylor*, in *Revue Québécoise de droit international*, 1989-1990, pp. 12-25; L.E. WEINRIB, *Hate Promotion in a Free and Democratic Society: R. v. Keegstra*, in *McGill Law Journal*, 1991, pp. 1416-1449; D. BERCUSON, D. WERTHEIMER, *A Trust Betrayed: The Keegstra Affair*, Toronto, 1985; S. MERTL, J. WARD, *Keegstra: The Trial, the Issues, the Consequences*, Saskatoon, 1985.

²⁹⁷ V. *infra*, § IV.4.2.

genocidio, rientrando in quanto tale nella definizione di cui all'art. 6 dello Statuto di Roma.

Si potrebbe obiettare che lo strumento istitutivo della Corte penale permanente dell'Aia non guarda che al futuro, visto che i precetti ivi previsti si applicano esclusivamente ai fatti commessi a partire dal 1° luglio 2002, data di entrata in vigore dello Statuto. Tuttavia sarebbe agevole obiettare che il rinvio allo Statuto di Roma operato dalla Decisione quadro ha una funzione prettamente sostanziale, valevole ad identificare nel tipo (e definire nei contorni) le fattispecie la cui apologia, negazione e minimizzazione grossolana devono essere messe al bando. A nulla varrebbe osservare il momento di inizio operatività dello Statuto, visto che la data indicata funge esclusivamente a delimitare la giurisdizione della Corte penale internazionale. Semmai, il rinvio alle leggi di Norimberga potrebbe tornare utile in un'eventuale operazione esegetica volta a rimediare ad un mancato coordinamento tra la Decisione quadro e lo Statuto di Roma. La Conferenza di revisione tenutasi a Kampala ha infatti introdotto in quest'ultimo trattato il più grave tra i *core international crimes*, cioè il controverso crimine di aggressione²⁹⁸, al quale la Decisione quadro non fa tuttavia riferimento poiché, nel momento in cui essa è stata discussa ed approvata, tale fattispecie non faceva ancora parte del suddetto Statuto. La soluzione per rimediare a questo paradosso, allora, potrebbe proprio risiedere nel rinvio dell'art. 1, comma 1, lett. *d*) della Decisione quadro allo Statuto di Norimberga, il cui testo abbraccia anche i *crimini contro la pace*, cioè i precursori dell'odierna fattispecie di aggressione²⁹⁹.

²⁹⁸ *Review Conference on the Rome Statute of the International Criminal Court*, tenutasi a Kampala (Uganda) tra il 31 maggio e l'11 giugno 2010 (v. *Resolution RC/Res.6*, che introduce nello Statuto di Roma – seppur corredato da numerose clausole transitorie – l'art. 8 *bis* sul crimine di aggressione). V., tra i numerosi contributi sulle complesse questioni giuridiche e politiche sollevate da questa nuova fattispecie, quelli inclusi nello *Special Issue Aggression: After Kampala*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10(1), 2012 (a cura di C. KRESS, P. WEBB).

²⁹⁹ Portando alle estreme conseguenze la tesi per cui il rinvio allo Statuto del Tribunale di Norimberga è un rinvio oggettivo, cioè valido solo ad identificare il novero dei crimini – con relative loro definizioni – la cui negazione deve essere sottoposta a sanzione penale, si potrebbe estendere enormemente il campo di applicabilità della Decisione quadro. Malgrado lo Statuto facesse riferimento – nelle intenzioni delle parti contraenti dell'epoca –

La lett. c) dell'articolo in esame rappresenta un punto chiave. Questa disposizione, nel tentativo di superare la critica secondo cui una tutela europea del solo Olocausto violerebbe il dovere di neutralità delle istituzioni (differenziando tra diverse fonti di sofferenza umana, e dunque tra diversi gruppi-vittima), chiede agli Stati di introdurre un reato di negazionismo che estenda il proprio raggio d'azione a tutti i crimini internazionali; così facendo, la punibilità non riguarderebbe più la sola contestazione della Shoah, bensì quella rivolta ad ogni evento i cui connotati integrino le definizioni sancite dagli Statuti di Roma e di Norimberga.

La questione principale riguarda la portata di questo obbligo di incriminazione: saranno tenuti Stati quali la Francia e la Germania, in cui l'area di illiceità penale include esclusivamente la negazione dello sterminio nazista degli ebrei, a ridisegnare i confini delle loro rispettive fattispecie in modo da farvi rientrare questi ulteriori crimini? Ci si chiede, in altri termini, se malgrado la scelta egualitaria della Decisione quadro di porre sullo stesso piano tutte le atrocità del passato qualificabili come crimini internazionali, gli Stati possano ancora accordare una tutela privilegiata all'Olocausto – tutelandolo espressamente, magari persino a prescindere da condizioni di pericolosità della condotta – rispetto agli altri crimini, la cui contestazione rimarrebbe punita solo indirettamente mediante il reato di incitamento all'odio razziale, etnico o religioso. Si tratta di un problema che con tutta probabilità la Corte di Giustizia dell'UE si troverà ad affrontare non appena sarà decorso il periodo transitorio previsto per l'entrata in vigore dei poteri conferiti dal Trattato di Lisbona. Forse, attenendosi al *testo* della Decisione quadro, una maggior tutela dell'Olocausto potrebbe giustificarsi proprio in virtù della previsione di due separate lettere, c) e d), per i crimini internazionali e per i crimini giudicati a Norimberga. Prestando maggiore attenzione allo *spirito* dell'atto europeo, tuttavia, sembra emergere un *favor* del legislatore dell'Unione nei confronti di un'incriminazione che comprenda in egual modo

ai soli reati commessi dai nazisti, il rinvio oggettivo farebbe “rivivere” quelle fattispecie anche in relazione ad altri eventi criminosi in esse sussumibili, tra cui – come viene fatto notare da F.M. AGNOLI, *Libertà di opinione e Decisione-quadro 2008/913/GAI*, cit., p. 4 – lo sterminio dei *kulaki* nell'Unione sovietica e quello degli intellettuali e dei contadini nella Cina comunista.

le espressioni aventi ad oggetto tutti i vari *core international crimes*, senza distinzione alcuna – di qui l’effetto di armonizzazione scaturente dalla Decisione quadro –. Rimane comunque aperta, anche in questo caso, la possibilità di riservare la sanzione penale alle sole condotte atte ad incitare all’odio o alla violenza razziale.

7.3. La definizione uniforme dei reati presupposto

L’ultimo elemento definitorio che gli Stati sono tenuti ad adottare concerne la definizione dei reati presupposto, che viene identificata in quella sancita negli Statuti del Tribunale militare internazionale di Norimberga e della Corte penale internazionale. Quando la fattispecie incriminatrice menziona la negazione dei genocidi, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra, il contorno di questi reati internazionali deve quindi corrispondere, in tutti gli Stati membri, a quello adottato nei citati corpi normativi. Ciò non significa però, a nostro parere, che i giudici interni debbano necessariamente conformarsi anche alla qualificazione giuridica che degli eventi oggetto di negazione abbia eventualmente dato l’organo giudiziario internazionale (cioè il Tribunale di Norimberga o la Corte penale internazionale). Se un dato fatto storico già giudizialmente accertato in via definitiva, ad esempio una serie di omicidi avvenuti a Srebrenica, viene contestato o minimizzato grossolanamente e per questo si procede a processare l’autore di tali espressioni, il tribunale potrà valutare liberamente se gli eventi oggetto del discorso negazionista integrino la definizione dei reati contenuta negli Statuti sopra menzionati. Al contrario, sembra plausibile che il giudice interno si debba attenere all’interpretazione che dei reati presupposto venga data dal tribunale internazionale dal cui statuto vengono riprese le loro definizioni. Questo ragionamento vale naturalmente solo nel caso in cui il sistema nazionale in considerazione non abbia inteso accogliere la c.d. clausola francese – ma tale aspetto verrà discusso nel paragrafo che segue –.

Questo elemento di armonizzazione può determinare un qualche impatto negli ordinamenti che hanno introdotto delle definizioni dei crimini internazionali non pienamente collimanti con quelle stabilite dallo Statuto della Corte penale internazionale. In Francia, ad esempio, il genocidio è configurato in modo da

proteggere non solo i gruppi individuati in ragione dei consueti criteri facenti leva su razza, etnia, nazione e religione, ma anche quelli determinati sulla base di altri criteri “arbitrari”³⁰⁰. Anche in Lettonia ed Estonia l’area di criminalizzazione del genocidio eccede quella richiesta dallo Statuto di Roma, essendo tutelati anche i gruppi sociali³⁰¹.

In paesi, come questi, in cui la definizione dei reati presupposto non coincide con quella proposta dalla Decisione quadro si dovrebbe dunque modellare la fattispecie di negazionismo in modo da fare riferimento alla definizione dello Statuto della Corte penale internazionale, anziché a quella accolta a livello nazionale. Certo, da questa discrasia potrebbero scaturire conseguenze paradossali, visto che risulterebbero protetti contro espressioni di contestazione solo alcuni dei genocidi punibili ai sensi del diritto interno. Dato il carattere non fondamentale di queste differenze, comunque, non sembra che molte necessità di adattamento discenderanno dal presente fattore di armonizzazione europeo.

8. La forma qualificata del reato di negazionismo: analisi e critica dei principali “elementi opzionali” del reato

Per sopperire alle evidenziate disarmonie causate da un’eccessiva latitudine del reato di negazionismo, gli Stati possono decidere (e alcuni hanno già deciso) di controbilanciare la dilatazione del campo d’applicazione della fattispecie imposta dalla Decisione quadro con un’articolazione di elementi del reato aggiuntivi che limiti l’intervento penale alle sole manifestazioni di carattere realmente dannoso o pericoloso. Il bene giuridico rimane di difficile identificazione, ma varia a seconda del fattore di pericolosità prescelto.

Tale opzione a favore di un modello *qualificato* del reato di negazionismo non è comunque scevra da profili problematici, come rivela l’analisi dei principali elementi del reato aggiuntivi rinvenuti nel panorama europeo e ripresi dalla Decisione quadro.

³⁰⁰ Art. 211-1 del codice penale francese.

³⁰¹ § 71 del codice penale lettone; § 90 del codice penale estone.

8.1. La clausola francese: punibilità limitata alla negazione dei crimini accertati con sentenza definitiva

Come anticipato, la Decisione quadro permette di limitare la punibilità delle espressioni negazioniste seguendo il modello adottato in Francia. I legislatori degli Stati membri potranno restringere il campo d'applicazione del reato alle sole espressioni riguardanti crimini che siano stati accertati da una decisione passata in giudicato di un organo giurisdizionale nazionale o internazionale. A parte le ambiguità circa la qualificazione da attribuire a questo scopo ai c.d. tribunali misti³⁰², la clausola francese discrimina irragionevolmente tra crimini di indubbio carattere atroce e massivo sulla base di un requisito eccentrico rispetto alla *ratio* che dovrebbe sottostare al divieto di espressioni negazioniste. Come giustificare infatti – una volta compresi persino i crimini di guerra nell'alveo di protezione originariamente riservato all'Olocausto – l'esclusione del genocidio armeno (mai oggetto di procedimento giurisdizionale) a fronte della tutela apprestata, ad esempio, rispetto ad una campagna di bombardamenti a Sarajevo i cui responsabili sono stati condannati in via definitiva per crimini di guerra dal Tribunale internazionale per l'ex-Jugoslavia?³⁰³ Mentre, in base a tale clausola, rimarrebbe impunito

³⁰² Ad esempio la Corte speciale per il Sierra Leone (v. <http://www.sc-sl.org/>), le Camere straordinarie nelle Corti di Cambogia (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* – “ECCC”) (v. <http://www.eccc.gov.kh/en>) e la Corte speciale di Timor Est (v. <http://wcsc.berkeley.edu/east-timor/east-timor-2/> (ultimo accesso, per tutti: 30 aprile 2013)). Piuttosto diversi l'uno dall'altro, questi organi sono accomunati dal loro *carattere ibrido* dato dall'essere composti da giudici, procuratori e personale sia nazionale sia internazionale; inoltre, la loro istituzione si deve in genere a provvedimenti interni che recepiscono accordi con le Nazioni Unite; infine, essi applicano il diritto penale sia nazionale sia internazionale. V., *amplius*, C. ROMANO, A. NOLLKAEMPER, J.K. KLEFFNER (a cura di), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals*, Oxford, 2004; A.C. MARTINEAU, *Les juridictions pénales internationalisées: un nouveau modèle de justice hybride?*, Parigi, 2007; S. SCHULZ, *Transitional Justice und hybride Gerichte*, Berlino, 2009.

³⁰³ Cfr. Enzo Traverso, nel dibattito sul “caso Irving”, in *HM. Notiziario di Historia Magistra*, n. 9, 2006, che parla al proposito di “incomprensibile discriminazione o addirittura una nociva ‘concorrenza’ tra le memorie delle violenze del passato, tra le vittime o i loro discendenti”.

chi nega l'esistenza del massacro degli armeni, rischierebbe invece la condanna quel giornalista che, per esempio, contestasse alcune sentenze del Tribunale internazionale per l'ex-Jugoslavia o di quello per il Ruanda. L'oggetto giuridico rischierebbe così di identificarsi con la salvaguardia dell'autorità di tali organi giurisdizionali – attraverso la tutela dei “*fatti giudizialmente stabiliti*”³⁰⁴ –, svincolandosi dalle ragioni incentrate sulla lotta a razzismo e xenofobia.

Ci si chiede se tali iniquità possano essere superate offrendo un'interpretazione correttiva della clausola francese, alla luce della (controversa) giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Un suo orientamento consolidato – che verrà compiutamente esaminato nel prossimo Capitolo – esclude dal campo di protezione della libertà di espressione garantita dall'art. 10 CEDU la negazione dei *fatti storici chiaramente acclarati* – che nettamente si distinguono da quelli *giudizialmente accertati* cui fa riferimento la clausola francese. Per riconciliare queste due nozioni, delimitando il perimetro di una disposizione (quella francese) pensata in funzione restrittiva, se ne propone la seguente lettura: anche per i fatti che sono stati oggetto di sentenza definitiva dovrebbe essere verificata in concreto la loro natura di *evento storico chiaramente acclarato*. Se quindi, in questa valutazione, un provvedimento giurisdizionale passato in giudicato può costituire un fattore rilevante, di certo da solo non basta, dovendosi invece ricorrere ad altri indici che denotino *a)* il carattere *storico* del fatto e *b)* un consenso *generale* sul suo completo accertamento.

In effetti, questa pare la via seguita dalle corti svizzere nel caso *Perinçek*, che costituisce la prima condanna per negazione del genocidio armeno³⁰⁵. Sebbene

³⁰⁴ L'espressione parafrasa il controverso concetto di *clearly established historical facts* elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a partire dal caso *Lehideux and Isorni v. France* (v. *infra*, §§ III.6.1 ss.).

³⁰⁵ Doğu Perinçek, leader del Partito dei lavoratori turco (*İşçi Partisi*), è stato condannato dalla Corte distrettuale di Losanna il 9 marzo 2007; la decisione è stata confermata il 19 giugno dalla Corte cantonale di Vaud e, definitivamente, il 12 dicembre 2007 dal Tribunale federale svizzero, sent. n. 6B_398/2007, reperibile in <http://www.bger.ch> (ultimo accesso: 30 aprile 2013). Si osservi che Perinçek non negò l'esistenza dei massacri ma ne contestò la qualificazione in termini di genocidio – definita una “*mensonge international*” –,

la fattispecie interna sia priva della clausola francese, la vicenda fornisce utili elementi di riflessione sulla percorribilità dell'interpretazione appena avanzata. I giudici non si sono infatti fermati al riconoscimento *legislativo* dei fatti, già effettuato dal Parlamento nazionale³⁰⁶. La Corte, al contrario, ha preso in considerazione vari elementi, tra cui le deliberazioni in tal senso assunte in seno ad altri organi (quali il Consiglio d'Europa e il Parlamento europeo), nonché il largo consenso della comunità e degli storici – facendo riferimento ad un lavoro di ricerca internazionale – aggiungendo che quello armeno era uno degli esempi di genocidio presentati come “classici” nella letteratura di diritto penale internazionale³⁰⁷. Insomma, la protezione contro le affermazioni negazioniste riguarderebbe tutti quei fatti storici sui quali esista un “*consensus général, historique en particulier*”, dovendo assegnare ai riconoscimenti da parte degli Stati un valore non determinante, potendo questi essere influenzati da ragioni di tipo politico³⁰⁸. “Consensus général”, precisano i giudici, non significa necessariamente unanime: basta che si possa dedurre, in generale, che non esiste un “*doute suffisant*” entro la comunità, scientifica in particolare, sull'autentico carattere genocidiario dei fatti³⁰⁹. La decisione svizzera mette in luce le forti perplessità che anche una siffatta lettura della clausola francese solleva, connesse a quelle già evidenziate dalla dottrina sull'impropria commistione tra metodo storico ed accertamento giudiziale³¹⁰.

giustificandoli in nome del diritto alla guerra, per la reciprocità degli abusi e perchè le deportazioni furono dettate da ragioni di sicurezza. È interessante osservare che i giudici non sono arrivati a qualificare i fatti come genocidio, lasciando il dubbio che possano essere considerati crimini contro l'umanità (cfr. par. 7 della sentenza del Tribunale federale) la cui negazione, comunque, rientra nell'art. 261bis, quarto alinea, c.p. svizzero. Per lo stesso reato, altri tre cittadini di nazionalità turca sono stati condannati in Svizzera il 21 ottobre 2008. V., altresì, J. LUTHER, J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit., p. 1203.

³⁰⁶ Il genocidio armeno è stato riconosciuto in Svizzera dal Consiglio federale, come pure dai parlamenti dei cantoni di Vaud e di Ginevra.

³⁰⁷ Tribunale federale svizzero, sent. n. 6B_398/2007, cit., par. 4.2.

³⁰⁸ *Ibidem*, par. da 3.4.2 a 4.3 (corsivo aggiunto nella citazione virgolettata).

³⁰⁹ *Ibidem*, par. 4.5 (corsivo aggiunto nella seconda citazione virgolettata).

³¹⁰ V. *infra*, nota 903.

Dalla sentenza emerge come i giudici, in realtà, non si limitino a “prendere atto” di un evento storico, come se questo potesse essere considerato alla stregua di un *facto notorio*, sviluppatosi completamente nella comunità scientifica di riferimento e transitato intatto attraverso il meccanismo processuale. La storia, revisionista per sua natura, non potrebbe fornire enunciati suscettibili di un tale grado di certezza e definitività³¹¹. Dalla necessità del giudice di operare delle scelte tra opinioni contrastanti, per quanto alcune di assoluta minoranza, deriva una pericolosa invasione di campo che minaccia la libertà di ricerca storica. Inoltre, come evidenziato da una recente pronuncia civile del Tribunale di Torino, non sarebbero solo i *contenuti* della ricerca, bensì anche i suoi *metodi* a venire sottoposti ad un vaglio giudiziale destinato ad interferire con quello storico³¹².

In conclusione, la clausola francese, espianata dall’ambiente normativo in cui si è sviluppata, porta a distorsioni ed iniquità applicative che ne sconsigliano l’adozione.

³¹¹ Come osservava già Benedetto Croce, “lo storico [...], diversamente dal giudice, ammette appelli senza alcun limite” (in *La Critica*, vol. XXXVII, fasc. VI, 1939, p. 446); v., altresì, M. DONINI, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia. Appunti sulla memoria storica e l’elaborazione del passato “mediante il diritto penale”*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, pp. 183 s.; G. BRAGA, *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione*, cit., pp. 106 ss. Nel campo degli storici, v. H.I. MARROU, *La conoscenza storica*, Bologna, 1962; M. BLOCH, G. GOUTHIER, *Apologia della storia, o Mestiere di storico*, Torino, 2009.

³¹² Tribunale di Torino, sent. n. 7881/2008, cit., p. 3958 s. Osserva il giudice che: “[alle] censure relative al tenore di taluni passaggi dell’opera [...], allo stile narrativo e all’uso di certi termini linguistici, sembra accompagnarsi [la] pretesa che la decisione dia conto di una verità storica diversa, magari più rigorosa di quella esposta, ma che non spetta al giudice affermare”. Anche la High Court, nel caso *Irving v. Penguin Books*, cit., per capire se si trattava effettivamente di espressioni negazioniste ha dovuto analizzare il metodo scientifico di Irving. Le inopportune interferenze tra metodo storico e metodo giuridico erano state già sottolineate da E. FRONZA, *Il reato di negazionismo*, cit., pp. 44 ss.; L. DOUGLAS, *The Memory of Judgment*, cit., pp. 235 ss., e condivise anche da C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., pp. 241 s. Per ulteriori riferimenti bibliografici, v. *infra*, nota 903.

8.2. La clausola tedesca: punibilità subordinata al pericolo di turbamento della pace pubblica

I sistemi giuridici precedentemente passati in rassegna hanno elaborato anche altre condizioni che, aggiunte alla condotta base del reato di negazionismo, mirano a circoscriverne l'estensione nel tentativo di limitare eccessive interferenze con la libertà di espressione.

In Germania, ad esempio, il § 130 StGB punisce solo le espressioni atte a turbare o mettere in pericolo la *pace pubblica*. Questo modello, accolto dalla Decisione quadro – seppure con formulazione non identica – tra le opzioni di incriminazione consentite³¹³, sembra incontrare i favori di parte della dottrina nostrana che, pur non auspicandone l'introduzione in Italia, lo giustifica a tutela delle “condizioni di un pacifico svolgimento dei rapporti sociali”³¹⁴.

La ragionevolezza di questa soluzione si scontra però con alcune controindicazioni che inducono a ridimensionare il giudizio positivo. Come dimostra l'esperienza giurisprudenziale tedesca³¹⁵, il requisito rischia di

³¹³ Art. 1, comma 2, della Decisione quadro, che però fa riferimento all'“ordine pubblico”; cfr. le dichiarazioni della Germania in sede di Consiglio dell'Unione europea in cui sostiene la coincidenza delle due nozioni ai fini dell'implementazione interna: Council of the European Union, *Addendum to Draft Minutes*, 16395/08 ADD 1, PV/CONS 75, 27 gennaio 2009, Item 45, *Statement by the Council*, pp. 7-8.

³¹⁴ M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 502.

³¹⁵ BGH, 8 agosto 2006, 5 StR 405/05, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2007, p. 217; BGH, 12 dicembre 2000, 1 StR 184/00, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, vol. 46, Berlino, 2001, pp. 219 ss. (che inquadra il reato tra gli *Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte*). V., altresì, T. LENCKNER, D. STERNBERG-LIEBEN, *sub* § 130, in *Strafgesetzbuch*, 28 ed., Monaco, 2010, p. 1418 (che nota come, in relazione alla negazione dell'Olocausto, il requisito della pace pubblica sia ritenuto soddisfatto in ragione del sentimento di insicurezza che tali espressioni sono capaci di riaccendere nei discendenti delle vittime del genocidio); T. FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 60 ed., Monaco, 2013, *sub* § 130, pp. 976 ss.; F. STRENG, *Das Unrecht der Volksverhetzung*, in *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlino, 1987, pp. 515-517; K. KÜHL, *sub* § 130, in K. LACKNER, K. KÜHL (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27° ed., Monaco, 2011, n.m. 1 (che qualifica il reato come *potenzielles Gefährdungsdelik*t). V., altresì, L. PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe*, cit., pp. 10-11; INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ,

appiattirsi sul *pericolo presunto*, visto che ogni affermazione negazionista è considerata (quasi *ontologicamente*) *idonea* a turbare la pace pubblica. La forte carica morale di simili espressioni, unita al descritto ruolo fondante dell'Olocausto, facilita insomma uno slittamento della nozione di ordine pubblico dalla concezione materiale a quella ideale o normativa.

Se considerato invece rispetto ad altri crimini internazionali – sembrando improbabile che dalla loro negazione possa scaturire un immediato pericolo per la pubblica tranquillità –, il requisito della pace pubblica avrebbe l'effetto di rendere la fattispecie applicabile esclusivamente in circostanze eccezionali³¹⁶. Il che andrebbe a tutto vantaggio di una simile clausola e rispecchierebbe la *ratio* dell'incriminazione – identificata nella tutela della pacifica convivenza tra diversi gruppi sociali –.

Étude comparative sur la négation des génocides et des crimes contre l'humanité, Losanne, 12 December 2006, p. 12; E. STEIN, *History Against Free Speech: The new German Law Against the 'Auschwitz' – and other – 'Lies'*, in *Michigan Law Review*, vol. 85, 1986, p. 293 (che esamina la giurisprudenza sul negazionismo delle corti della Germania ovest. In particolare, l'Autore riporta una sentenza della Corte federale tedesca, vertente su un caso di volantini antisemiti, in cui i giudici ritennero che l'elemento della pace pubblica non richiedesse di essere provato in concreto, poichè la condotta minacciava di per sè, per ragioni storiche, la fiducia nella sicurezza giuridica). Cfr., tuttavia, BVG, 4 novembre 2009, 1 BvR 2150/08 (che considera il requisito della pace pubblica fondamentale per la costituzionalità del reato di apologia, glorificazione o giustificazione del regime nazista previsto dal § 130(4) StGB). Su questa sentenza, v. *infra*, § IV.5.

³¹⁶ Cfr., tuttavia, G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, pp. 160 ss., che mette in dubbio le capacità di elementi di pericolo concreto, quale l'ordine pubblico materiale, di limitare realmente le potenzialità illiberali dei reati di opinione. Inoltre, come già metteva in rilievo – seppur in riferimento ad una diversa figura criminosa – F. BRICOLA, *L'art. 553 c.p. come limite penale alla libertà di manifestazione del pensiero*, in G. BETTIOL *et al.*, *Legge penale e libertà del pensiero: 3° Convegno di diritto penale, Bressanone 1965*, Padova, 1966, p. 63, gli eventi di pericolo di tale entità (nel nostro caso, la minaccia alla pubblica tranquillità) rischiano di “produrre un fenomeno di ‘gigantismo’ della fattispecie, tale da renderla in pratica inoperante”.

8.3. La clausola inglese: punibilità circoscritta dal dolo specifico

L'ultima possibilità rinvenuta nel catalogo di opzioni della Decisione quadro ricorda la legislazione antirazzista inglese del Public Order Act 1986, modello confermato di recente dal Racial and Religious Hatred Act 2006. In tale ordinamento, la punibilità (implicita) del negazionismo è limitata alle espressioni “minacciose, offensive o ingiuriose” che *a)* denotino lo *specifico intento* di incitare all'odio razziale o religioso, o che *b)* avendo riguardo alle circostanze del caso concreto, siano atte ad incitare all'odio razziale o religioso³¹⁷.

Indubbiamente, tale archetipo, che permetterebbe di avvalersi di tutti gli elementi di contesto disponibili, ben si presterebbe a salvaguardare la libertà di ricerca storica, distinguendola dai discorsi di propaganda³¹⁸. A ben vedere, la stessa giurisprudenza francese ne fa implicitamente uso ogniqualvolta richiede la dimostrazione della “mala fede” degli imputati di negazionismo³¹⁹. Così facendo si potrebbe setacciare la totalità delle espressioni per sottoporre a sanzione penale solo quelle che effettivamente mettono in pericolo quel bene – la *dignità umana* – generalmente assunto a giustificazione di una fattispecie così configurata; e ciò varrebbe qualunque sia il crimine negato, quale che sia la concreta modalità di offesa, evitando così disparità di trattamento tra di diversi reati presupposto e quindi tra i diversi gruppi-vittima.

Il negazionismo andrebbe insomma considerato (e punito) come una delle forme di manifestazione dell'incitamento all'odio razziale. In questo modo,

³¹⁷ Sezioni 3 e 3A del *Public Order Act 1986*, come emendato dal *Racial and Religious Hatred Act 2006*. Per una ricostruzione del percorso parlamentare del Racial and Religious Hatred Act 2006, che dà conto anche delle riserve formulate dalla House of Lords in merito ai pericoli per la libertà di espressione, v. A. GIANFREDI, *Il “Racial and Religious Hatred Act 2006”: il dibattito parlamentare e il testo approvato*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2006, pp. 407 ss.

³¹⁸ Cfr., in tal senso, l'opinione separata di Elizabeth Evatt e David Kretzmer (appoggiata da Eckart Klein) in HRC, *Faurisson v. France*, cit., par. 8-10.

³¹⁹ V. *supra* § II.7.1.

tuttavia, tale fattispecie si trova ad “ereditare” anche le riflessioni critiche già espresse da tempo in relazione a questa tipologia di reati di opinione. Senza poter qui approfondire tali problematiche, già oggetto di altri studi³²⁰, basti ricordare l’indeterminatezza del concetto di dignità umana³²¹, forse

³²⁰ Tra i molti, v. C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., pp. 139 ss.; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini*, cit., *passim*; L. STORTONI, *Le nuove norme contro l’intolleranza*, cit., pp. 14 ss.; L. FORNARI, voce *Discriminazione razziale*, in F.C. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007; L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda*, cit., pp. 117 ss.; G. DE FRANCESCO, *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Leg. pen.*, 1994, pp. 174 ss.; A. AMBROSI, *Libertà di pensiero e manifestazione di idee razziste e xenofobe*, in *Quad. cost.*, 2008, spec. p. 538; A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, pp. 135 ss. Cfr. altresì D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 253, il quale, pur ammettendo che anche l’incitamento all’odio razziale è una figura “esposta a tutti i problemi che rendono così scivoloso il terreno dei reati d’opinione”, sottolinea come essa sia sorretta da una “legittimazione abbastanza solida e [da] una funzione concreta da svolgere in un mondo pericolosamente segnato da fondamentalismi, razzismi, pulizie etniche”.

³²¹ Mette in luce il carattere ambiguo della dignità umana, con ampi riferimenti giurisprudenziali, G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, pp. 45 ss. Per una disamina più ampia sulla nozione v., ad esempio, gli scritti in M. BELLOCCI, P. PASSAGLIA (a cura di), *La dignità dell’uomo quale principio costituzionale*, in <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do> (ultimo accesso: 30 aprile 2013), in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell’uomo*, Napoli, 2008, e in A. ARGIROFFI, P. BECCHI, D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana. Atti del Convegno internazionale (Palermo, ottobre 2007)*, Roma, 2008; P. TIEDEMANN, *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung*, Berlino, 2007; J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, vol. II, Roma, 2007, pp. 185 ss.; P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2009; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009; A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità. Un’introduzione*, Roma, 2007; M.A. CATTANEO, *Giusnaturalismo e dignità umana*, Napoli, 2006. Per una riflessione sulla diversa rilevanza assegnata a libertà e dignità umana negli indirizzi tedesco e statunitense in materia di libertà d’espressione, v. G.E.

inadeguato al compito di limitare appropriatamente i confini della condotta illecita³²²; le ambiguità, affiorate nelle oscillazioni giurisprudenziali in merito, sulla definizione della finalità discriminatoria o razzista³²³; l’ambivalenza di un bene giuridico a cavallo tra le considerazioni basate sulla tutela (magari solo indiretta) dell’ordine pubblico e quelle che lo individuano nella dignità individuale e sociale della persona; e, infine, la inguaribile carenza di materialità e tassatività di una fattispecie il cui punto di riferimento è l’induzione di un sentimento – l’odio – anziché la sollecitazione di specifici atti di violenza o, perlomeno, di discriminazione.

A ciò si aggiunga il rilievo, valido più in generale, che un’indagine sulle intenzioni dell’agente – già ardua *in re ipsa*, vista la perdurante imperscrutabilità del foro interno – porta sempre con sé il rischio di abbandonare l’ancoraggio liberale al diritto penale del fatto. Essendo infatti deficitaria in tali fattispecie la descrizione della condotta tipica, l’accertamento, andandosi giocoforza a concentrare sui motivi, “– come ogni penalista ben sa – sfocia inevitabilmente nel tipo d’autore”³²⁴. D’altra parte, la dottrina ha già messo ampiamente in rilievo le problematiche sollevate dai tentativi di riconduzione dei reati di opinione alla categoria dei reati di pericolo³²⁵. In ogni caso, rinviando al paragrafo conclusivo per ulteriori

CARMI, *Dignity versus Liberty: the two Western Cultures of Free Speech*, in *Boston University International Law Journal*, 2008, pp. 277 ss.

³²² Sui problemi sollevati dalla nozione di dignità umana, v. *infra*, § IV.5.

³²³ V. il panorama offerto da L. SCAFFARDI, *Oltre i confini*, cit., pp. 208 ss.; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., pp. 141 ss.; C. CITTERIO, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo nel tempo*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, Padova, 2006, pp. 147 ss.; S. D’AMATO, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso*, in *Crit. dir.*, 2006, pp. 384 ss.

³²⁴ L. STORTONI, *Le nuove norme contro l’intolleranza*, cit., p. 17; le stesse preoccupazioni sono espresse da C. FIORE, *I reati di opinione*, 1972, cit., p. 168.

³²⁵ Cfr. A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., pp. 727-728, il quale osserva che, se il ricorso al pericolo concreto come esito di un’interpretazione costituzionalmente orientata delle fattispecie di opinione le condanna ad una “totale inutilità”, la nozione di pericolo astratto finisce per determinare un’eccessiva anticipazione dell’intervento penale in violazione dei principi di oggettività ed offensività del reato. Sui

valutazioni critiche su questo elemento opzionale³²⁶, ci sembra interessante riportare la condivisibile osservazione di Carlo Sotis secondo cui se l'offensività – nemmeno laddove declinata come idoneità istigatoria – non “costituisce la ‘polizza di assicurazione’ ad una valutazione di concreta pericolosità del fatto”, l’inserimento di questa clausola nella Decisione quadro dimostra l’adesione, da parte del legislatore europeo, ad una “prospettiva oggettivistica” del diritto penale³²⁷.

9. L’obbligo di interpretazione conforme

Rimane da analizzare l’impatto che la Decisione quadro potrà determinare sui sistemi che non criminalizzano il negazionismo se non nella sua forma qualificata. Anche nei loro confronti, in virtù del principio di interpretazione conforme³²⁸, l’armonizzazione sembra concentrarsi sugli aspetti sopra indicati: a) la descrizione della condotta illecita; b) l’estensione del suo oggetto e c) l’omogeneizzazione delle definizioni dei crimini internazionali.

reati di pericolo, v., più in generale, F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, 2° ed., Milano, 1994; E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966; ID., *I reati di pericolo*, in *Foro penale*, 1969, pp. 1 ss.; ID., *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padova, 1970; G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 441 ss.; ID., *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, pp. 175 ss.; G. GRASSO, *L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 689 ss.; S. CANESTRARI, voce *Reati di pericolo*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991, pp. 1 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, pp. 617 ss.; G. ZUCCALÀ, *Profili del delitto di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, pp. 1225 ss.; V. PATALANO, *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, Napoli, 1975; D. PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, Milano, 1990; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990; M. TANFERNA, *Principio di offensività, reati di pericolo presunto e razionalità della norma incriminatrice*, in *Giur. it.*, 1995, pp. 118 ss.

³²⁶ V. *infra*, § IV.5.2.

³²⁷ C. SOTIS, *Le “regole dell’incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, pp. 106-107, spec. nota 246.

³²⁸ V. *supra*, § II.2.1.

Tuttavia, avendo essi optato per un modello qualificato di reato, non ne potrà scaturire un obbligo di adattare le proprie fattispecie pari a quello esposto nei paragrafi precedenti. Gli effetti di armonizzazione incideranno piuttosto sul piano interpretativo, chiarendo il significato di elementi del reato che *già in sé* dispongono dell'ampiezza semantica necessaria per farvi rientrare i tre aspetti indicati. La precisazione si rende opportuna poiché mai l'interpretazione conforme può (*rectius*: potrebbe) forzare il dato letterale configurandosi come *contra legem*.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui un ordinamento facesse riferimento espresso alla negazione dei genocidi in generale, senza indicare a quale definizione del crimine internazionale fare riferimento. In tal caso, l'obbligo di interpretazione conforme sembra imporre al giudice di utilizzare quella fornita dagli Statuti delle Corti internazionali indicate, sebbene nel sistema nazionale di appartenenza esistano magari formulazioni autonome di tali delitti. Effetti di determinazione o aggravamento della responsabilità penale, in ogni caso, vanno radicalmente esclusi³²⁹.

Se dalle notazioni appena svolte non sembra dedursi un impatto significativo della Decisione quadro sugli ordinamenti che optano per il modello qualificato di negazionismo, esiste però un ultimo aspetto – passato finora quasi inosservato³³⁰ – che desta preoccupazione. L'art. 2 prevede infatti un obbligo di punire l'istigazione ai comportamenti di cui all'art. 1, comma 1, lett. c) e d) – cioè di quelli c.d. negazionisti. Si tratterebbe di sanzionare *l'istigazione dell'incitamento* all'odio o alla violenza razziale, addirittura anche se non commessa pubblicamente. Non sembra che un arretramento della soglia di punibilità di tale portata possa reggere rispetto ai principi basilari del diritto penale, in particolare quelli di materialità ed offensività. Considerazioni tutto sommato non dissimili valgono anche per gli ordinamenti che accolgono il modello puro di negazionismo, configurandosi in questo caso come istigazione (anche privata) alla negazione, minimizzazione grossolana o apologia dei crimini di cui sopra. A neutralizzare un siffatto obbligo di

³²⁹ V. *supra*, § II.2.1.

³³⁰ V. invece le osservazioni critiche di C. MANCUSO, *La Decisione quadro 2008/913/GAI*, cit., p. 652.

incriminazione può forse soccorrere la clausola prevista dall'art. 7 della Decisione quadro che impone un "rispetto rafforzato" dei principi costituzionali degli Stati membri³³¹.

10. L'adempimento da parte dell'ordinamento italiano degli obblighi imposti dalla Decisione quadro

10.1. Il quadro normativo attuale

Sebbene la Decisione quadro non ponga obblighi stringenti, soprattutto per gli ordinamenti che non hanno scelto di incriminare il negazionismo puro, dalle sue disposizioni discendono effetti di armonizzazione ai quali gli Stati membri dell'Unione europea sono tenuti a conformarsi. Ciò vale a maggior ragione a partire dal 2014, quando entrerà in vigore la nuova disciplina prevista dal Trattato di Lisbona che – a quanto sembra – renderà possibile sanzionare gli Stati che non adempiono ai vincoli imposti dagli atti dell'ex terzo pilastro.

Per comprendere quali misure di adattamento si rendano necessarie nel nostro ordinamento occorre procedere innanzitutto ad un breve riepilogo della legislazione vigente in materia.

La normativa penale centrale nella lotta al fenomeno del razzismo è ravvisabile nella legge 13 ottobre 1975, n. 654 di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale. Essa si aggiunge alla legge Scelba³³² – che prevede il reato di *apologia di fascismo* – e alla legge 9 ottobre 1967, n. 962 di attuazione della Convenzione internazionale per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948, che ha introdotto il reato di *apologia di genocidio*. Di recente, inoltre, si segnala l'inserimento del nuovo comma 3 *bis* dell'art. 414 c.p. che prevede la punibilità dell'istigazione e dell'apologia di crimini contro l'umanità³³³.

³³¹ V. *supra*, § II.6.2, *in fine*.

³³² Legge n. 645/1952, cit.

³³³ Comma aggiunto dall'art. 15, comma 1 *bis*, del Decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, conv. con modif. nella legge 31 luglio 2005, n. 155. Non è chiaro se si tratti di circostanza aggravante ad effetto speciale oppure di una previsione criminosa autonoma. Sembra far

La citata legge n. 654/1975 è stata potenziata dal c.d. decreto Mancino (o “anti-naziskin”)³³⁴.

Il novellato art. 3, lett. *a*), della legge n. 654/1975, salvo che il fatto costituisca più grave reato, puniva, fino al 2006, la *diffusione*, in qualsiasi modo, di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico, nonché l’*incitamento* a commettere o la commissione di *atti di discriminazione*; la lett. *b*) aggiungeva l’*incitamento* a commettere o la commissione di *violenza* o *atti di provocazione* alla violenza. Nei casi di istigazione a commettere o di commissione di atti discriminatori o di atti di violenza o di provocazione alla violenza, il reato – a *dolo specifico*³³⁵ – si configura a tutt’oggi solo se le condotte sono poste in essere per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

Una parziale ridefinizione si è avuta ad opera della legge 24 febbraio 2006, n. 85, che non ha mancato di suscitare notevoli perplessità in dottrina per il suo

propendere per quest’ultima ipotesi il fatto che l’istigazione e l’apologia dei crimini contro l’umanità – essendo essi ancora estranei al nostro ordinamento penale – non erano condotte rientranti nelle fattispecie *ex art.* 414, commi 1 e 3.

³³⁴ Decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni nella legge 25 giugno 1993, n. 205. Rileva l’intento di ampliare la portata delle norme contro il razzismo G. DE FRANCESCO, *Misure urgenti*, cit., pp. 174 ss., il quale evidenzia come il decreto si configuri “anche” come attuazione dell’art. 4 della Convenzione di New York del 1965, a differenza della legge n. 654/1975 approvata “ai fini” di recepimento della Convenzione. Cfr. su tale normativa, oltre a quanto già citato, P. ZAVATTI, A. TRENTI, *Legislazione italiana in tema di discriminazione razziale e religiosa*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 1995, pp. 576 ss.; C. CAPUTO, *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in *Quest. giust.*, 1997, pp. 476 ss.

³³⁵ Cass. pen., sez. III, 13 dicembre 2007, n. 13234/08, *Bragantini*, commentata da C. SILVA, *Il concetto di discriminazione razziale al vaglio della Corte di cassazione*, in *Ind. pen.*, 2009, pp. 207 ss.; conf., Cass. pen., sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581/08, *Mereu*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 3023 ss., con nota di A. MONTAGNA, *La propaganda di idee fondate sull’odio razziale o etnico*; confermato, da ultimo, da Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 2009, n. 41819/09, *Bragantini II*, in *Cass. pen.*, 2010, spec. p. 2352, con nota di F. PANIZZO. Cfr., per una diversa interpretazione, L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale*, cit., pp. 143 ss.

carattere “scoordinato, asimmetrico e contraddittorio”³³⁶ dovuto alla carenza di ampio respiro sistematico. Oltre ad una “grave” mitigazione del trattamento sanzionatorio, la legge di depenalizzazione offre una sostituzione terminologica il cui senso “sfugge”, facendo apparire la modifica “del tutto superflua”³³⁷. Si allude soprattutto all’inserimento del lemma “istigazione” in luogo del previgente “incitamento” che, oscuro nelle intenzioni legislative, non muterebbe in realtà i connotati della condotta³³⁸. Anche in riferimento alla sostituzione del termine “diffusione” con quello di “propaganda”, l’impatto della novella del 2006 sembra da ridimensionare alla luce della successiva interpretazione giurisprudenziale, nonostante un autorevole Autore, a ridosso dell’emendamento legislativo, considerasse queste modifiche un tentativo “coerente e ragionevole” di riscrivere la figura criminosa in ottemperanza ai “modelli tradizionali nel campo dei reati d’opinione”³³⁹.

³³⁶ T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto*, 2006, n. 14, p. 23. Critici anche M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 960 ss. e 1198 ss.; D. PULITANÒ, *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. giur.*, 2006, pp. 745 ss.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le “modifiche in materia di reati di opinione” introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.*, 2006, V, pp. 217 ss.; A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva*, cit.; A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti*, in *Diritto e giustizia*, 2006, pp. 94 ss.; A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., pp. 689 ss.; D. NOTARO, *Analisi delle modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Leg. pen.*, 2006, pp. 401 ss.; A. MASSARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (e non solo): contenuti e limiti della L. n. 85 del 2006*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 3857 ss.

³³⁷ Citazioni da T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato*, cit., p. 28.

³³⁸ In questo senso, successivamente, Cass. pen., sent. n. 37581/08, *Mereu*, cit., p. 3029. Da notare, inoltre, che prima della legislazione in commento, il termine “incitamento” era presente solo in due limitate ipotesi delittuose: l’art. 400 c.p. (*Offesa per rifiuto di duello e incitamento a duello*) e l’art. 553 (*Incitamento a pratiche contro la procreazione*) e veniva ritenuto equipollente al concetto di “istigazione”. Cfr., invece, E. FRONZA, *Osservazioni*, cit., p. 50, nota 57.

³³⁹ D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, cit., p. 253.

Dunque, nonostante appunto la propaganda sembrasse un concetto di significato più circoscritto, identificato nella diffusione “idonea a raccogliere consensi intorno all’idea divulgata”³⁴⁰, una recente pronuncia ha affermato – per la verità, in modo ambiguo – che la nuova formulazione non ha ristretto il campo di applicazione della fattispecie³⁴¹.

10.2. Esame delle (lievissime) necessità di adattamento

Venendo al rispetto degli obblighi di trasposizione che scaturiscono dalla Decisione quadro qui in commento, la questione può essere articolata in tre punti.

In premessa, in linea di continuità con le considerazioni sopra svolte, si ribadisce che la normativa europea *non obbliga* all’introduzione né di una fattispecie che criminalizzi espressamente il negazionismo, né, tanto meno, di una figura plasmata sul c.d. modello puro. Opportunamente, agli Stati è stato concesso di mantenere l’incriminazione di tali espressioni entro i confini già tracciati per contrastare l’incitamento all’odio e alla violenza razziale.

In Italia, i discorsi negazionisti – se “qualificati” dalle condizioni richieste dai rispettivi precetti – potrebbero rientrare nei reati di cui all’art. 3, comma 1, lett. a), della legge n. 654/1975, in quanto *propaganda* di idee fondate sull’odio razziale o etnico oppure come *istigazione* a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. In base alla fenomenologia criminosa fin qui emersa, sembra che le tipiche manifestazioni negazioniste – non istigando in genere a compiere atti di discriminazione – potranno verosimilmente integrare la categoria delle “idee fondate sull’odio razziale o etnico”. La punibilità della loro *propaganda* – concetto che individua una modalità di condotta più ampia rispetto a quella dell’*istigazione* – risulta sufficiente ad adempiere ai vincoli posti dall’art. 1, comma 1, della Decisione quadro³⁴².

³⁴⁰ Cass. pen., sent. n. 13234/08, cit. Così anche R. PASCARELLI, *La riforma dei reati di opinione: un commento alla nuova disciplina*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 699.

³⁴¹ Cass. pen., sent. n. 37581/08, *Mereu*, cit., pp. 3029 s.

³⁴² Non vede un obbligo di incriminazione espressa delle condotte negazioniste nemmeno O. POLLICINO, *Il negazionismo nel diritto comparato*, cit., pp. 95-96.

Un secondo aspetto da chiarire attiene la capacità della definizione di propaganda di inglobare le condotte previste dall'art. 1, comma 1, lett. *b)* della disposizione in parola, descritte come “la perpetrazione di uno degli atti di cui alla lettera *a)* mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale”. Anche qui, un vaglio più approfondito consente di escludere che la sostituzione del lemma “diffonde” con quello “propaganda” abbia portato ad uno scostamento della normativa italiana rispetto agli obblighi europei. Le condotte di diffusione e distribuzione pubblica previste dalla Decisione quadro, infatti, si configurano quali mere modalità di perpetrazione dell'istigazione pubblica alla violenza o all'odio razziale di cui all'alinea che le precede, come emerge dal testo normativo europeo. Semmai, profili di incongruenza possono derivare dal confronto con l'art. 4, comma 1, lett. *a)*, della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 che impone agli Stati parte di punire “ogni *diffusione* di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale”³⁴³. Tuttavia, in questo caso, ci si muove nel campo del diritto internazionale generale che, quanto all'inadempimento dei relativi obblighi, risponde a logiche ben diverse da quelle che governano l'infrazione dei vincoli posti dall'Unione europea.

Il terzo punto è invece focalizzato sull'entità delle sanzioni. Mentre la Decisione quadro richiede che i reati siano puniti con la reclusione compresa nel massimo tra almeno uno e tre anni, l'art. 3, comma 1, lett. *a)*, della legge n. 654/1975, prevede la *pena alternativa* della reclusione fino ad un anno e sei mesi o della multa fino a 6.000 euro. Non è ancora stato chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia quanto stringenti siano le soglie edittali di origine comunitaria. Le soluzioni per verificare la conformità di una legislazione nazionale sotto tale aspetto possono essere due: o basta riferirsi alla pena edittale massima *tout court* – e in tal caso il nostro ordinamento non sarebbe da considerare inadempiente – o la menzione nella Decisione quadro della sola pena detentiva vale ad escludere una sua previsione in via

³⁴³ Cfr. M. PELISSERO, *Osservazioni critiche*, cit., p. 1206, che però, anche per evitare il contrasto con le citate norme pattizie internazionali, ritiene che il significato della nozione di “propaganda” sia sostanzialmente omogeneo a quello di “diffusione”.

alternativa con quella pecuniaria – ciò che richiederebbe un adeguamento da parte del sistema italiano –. Quest’ultima ipotesi, comunque, non sembra facilmente percorribile, se si pensa ai riflessi che potrebbero discenderne in relazione a ordinamenti – quelli europei – connotati da normative sull’esecuzione penale e sul trattamento penitenziario ancora estremamente eterogenee.

La Decisione quadro 2008/913/GAI, insomma, non obbliga ad introdurre il modello di incriminazione del negazionismo *puro* in paesi che, come il nostro, *non sembrano* accoglierlo. Le uniche necessità di adattamento, limitandoci al piano del diritto penale sostanziale, potrebbero riguardare l’entità della risposta sanzionatoria; ma anche qui, come visto, non sembra che lo scostamento evidenziato possa giustificare l’apertura di un procedimento di infrazione a carico del nostro paese.

10.3. Applicabilità del mandato d’arresto europeo al negazionismo?

Un’altra questione sorge a questo punto. Assumendo che in Italia le condotte rientranti nel modello del negazionismo puro non possono essere assoggettate a sanzione penale (un assunto che, si vedrà, non è poi così inattaccabile), ci si può chiedere se una persona che le ponga in essere in modo che siano percepibili anche in un paese che ne prevede invece la punibilità possa essere consegnato a tali autorità straniere ove ne facciano richiesta.

Si pensi, in ipotesi, al caso di un cittadino italiano che, trovandosi nel nostro paese, diffonda su un sito web concepito per un pubblico italiano del materiale negazionista, senza infrangere la normativa interna in materia (trattandosi, ad esempio, di affermazioni che non fanno propaganda di idee basate sull’odio razziale). *Quid iuris* se un altro paese europeo, in cui tali atti costituiscano invece reato, richiedesse allo Stato italiano, per mezzo del MAE, di procedere all’arresto e alla consegna del soggetto agente?

Come insegna il caso *Töben* sopra descritto³⁴⁴, può facilmente accadere (anzi, normalmente accade) che un sito internet gestito in territorio italiano sia

³⁴⁴ V. *supra*, § II.6.3.

visibile, ad esempio, in Germania. L'aspetto del MAE che, in questo ambito, desta preoccupazioni è la sua previsione di una generale deroga al principio di doppia incriminazione per una serie di reati (o, sarebbe meglio dire, materie) i cui contorni non vengono specificati. L'art. 2, comma 2, della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo stabilisce infatti che:

Danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo, alle condizioni stabilite dalla presente decisione quadro e indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato, i reati seguenti, quali definiti dalla legge dello Stato membro emittente, se in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni:
[...]
- razzismo e xenofobia;
[...]

In Germania il negazionismo è punito con una pena il cui massimo può arrivare a cinque anni di reclusione. Se si ritiene che la condotta ipotizzata sia suscumbibile sotto la nozione europea di “razzismo e xenofobia”, dunque, sembrerebbe possibile che in futuro questo paese chieda la consegna di una persona che ha posto in essere in internet, dal territorio italiano, espressioni negazioniste costituenti reato secondo la fattispecie tedesca (la definizione del reato cui fare riferimento resta infatti quella dello Stato che emette il MAE, non quella dello Stato esecutore).

Tuttavia, a ben vedere, la normativa italiana di attuazione della predetta decisione quadro sul MAE pare contenere una serie di salvaguardie che potrebbero evitare le conseguenze più problematiche³⁴⁵. L'art. 8, comma 1, lett. s), della legge 22 aprile 2005, n. 69, infatti, stabilisce che la deroga al principio di doppia incriminazione vale solo per gli atti consistenti nell'“incitare pubblicamente alla violenza, come manifestazione di odio razziale nei confronti di un gruppo di persone, o di un membro di un tale gruppo, a causa del colore della pelle, della razza, della religione professata,

³⁴⁵ S. MANACORDA, *La deroga alla doppia punibilità nel mandato di arresto europeo e il principio di legalità*, cit., p. 4359, parla a questo proposito di una “tecnica di compensazione”, attuata dal legislatore interno, consistente nel “riempimento” delle classi di reati previste dalla Decisione quadro in sede di sua attuazione nell'ordinamento nazionale.

ovvero dell'origine nazionale o etnica; esaltare, per razzismo o xenofobia, i crimini contro l'umanità"³⁴⁶.

Pare perciò necessario, per dare corso al mandato d'arresto europeo spiccato da un altro Stato, che le condotte per cui si procede possano essere qualificate o come incitamento pubblico alla violenza su base etnico-razziale, o come apologia di crimini contro l'umanità. Rimane invece escluso dal campo di applicabilità della norma il negazionismo puro, cioè quello privo di capacità istigatoria³⁴⁷.

In aggiunta a questa importante limitazione, l'art. 18 della medesima legge di attuazione del MAE stabilisce altre condizioni che impongono il rifiuto della consegna. Tra di esse segnaliamo il caso in cui il fatto si configura come "manifestazione della libertà di associazione, della libertà di stampa o di altri mezzi di comunicazione" (lett. *d*)), e quello in cui "il mandato d'arresto europeo riguarda reati che dalla legge italiana sono considerati reati commessi in tutto o in parte nel suo territorio" (lett. *p*)).

Come ultimo presidio, l'art. 8, comma 3, impone il rispetto, anche in questo settore, del principio di colpevolezza: se il fatto non è previsto come reato dalla legge italiana, il rifiuto della consegna è obbligatorio qualora risulti che il cittadino italiano non era a conoscenza, senza propria colpa, della norma penale dello Stato di emissione in base alla quale è stato emesso il provvedimento di cattura.

In conclusione, il sistema italiano sembra disporre di norme adeguate per evitare che una persona che commette atti di negazionismo non punibili nel suo territorio debba sottomettersi alla giurisdizione di un paese europeo che ne sancisca invece l'illegalità penale. Certo, come già sottolineato dalla dottrina³⁴⁸, questa disciplina potrebbe risultare

³⁴⁶ Per un commento sull'art. 8, v. A. DI MARTINO, N. NOTARO, A. VALLINI, *sub* art. 8, in M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, D. MANZIONE, E. MARZADURI (diretto da), *Il mandato di arresto europeo. Commento alla legge 22 aprile 2005 n. 69*, Torino, 2006.

³⁴⁷ Curiosamente, rimane esclusa dall'ambito di operatività del MAE anche la condotta di propaganda che non ammonti ad istigazione alla violenza razziale o ad apologia di crimini contro l'umanità. In questo caso, dunque, vi possono essere delle condotte che, pur punibili in Italia, non possono dare luogo ad esecuzione di un MAE emesso da un altro Stato membro.

³⁴⁸ V., ad esempio, M. DEL TUFO, *Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 941. Ritene invece complessivamente condivisibile la soluzione italiana, in

eccessivamente difforme rispetto alle previsioni della decisione quadro sul MAE, esponendo così lo Stato italiano a future richieste europee di adeguamento.

10.4. La punibilità del negazionismo puro in Italia *de iure condito*

Si è visto come nel nostro ordinamento le condotte negazioniste possano rientrare facilmente nella fattispecie di propaganda di idee fondate sull'odio razziale o etnico. Anzi, l'area di illiceità che da essa deriva sembra addirittura *abbondare* rispetto a quella strettamente implicata dal riferimento della Decisione quadro ai comportamenti “posti in essere *in modo atto ad istigare*” alla violenza o all'odio razziale.

Ci si chiede allora se questa ampiezza del precetto possa teoricamente permettere la punibilità del negazionismo puro, cioè che non ammonta ad incitamento alla violenza o all'odio razziale. In altri termini, si intende qui verificare se davvero il nostro ordinamento escluda la rilevanza penale del negazionismo puro e su quali elementi della figura criminosa vigente si possa fare affidamento per scremare le espressioni negazioniste, selezionando come punibili solo quelle qualificate da un danno o un pericolo.

Dubbi circondano la capacità della nozione di propaganda di limitare il perimetro del reato, essendo stata essa definita una diffusione *idonea a raccogliere consensi* attorno all'idea divulgata: ciò può riguardare infatti anche il negazionismo puro, a meno che non si accolga anche per la propaganda – com'è avvenuto per l'apologia – un'interpretazione in termini di istigazione indiretta. A queste perplessità, si aggiunga che il dolo generico che caratterizza tale figura delittuosa consente alla giurisprudenza di limitarsi ad accertare che l'imputato avesse “consapevolezza del carattere discriminatorio del messaggio propagandato”, non rilevando l'intento di agire per motivi

considerazione dei limiti costituzionali relativi ai diritti fondamentali della persona, V. MAIELLO, *La disciplina interna del MAE tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo tendenzialmente assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 112 ss.

razziali o etnici, i quali sarebbero “inclus[i] nelle idee propagandate”³⁴⁹. Completa il quadro la qualificazione della fattispecie come reato di mera condotta, da cui deriva l’irrelevanza dell’esito dell’opera di propaganda, che rimane illecita anche qualora non abbia fatto mutare convincimento ai destinatari del messaggio³⁵⁰.

Allora, due sono le possibilità per sbarrare l’ingresso del nostro ordinamento alla punibilità del negazionismo puro. O, come anticipato, si interpreta la condotta di propaganda come istigazione indiretta, oppure si affida la tutela della tassatività della fattispecie al concetto di “odio” razziale o etnico. Se la prima opzione sembra essere già stata respinta dalle pronunce più recenti appena accennate, la seconda sconta l’indeterminatezza del termine “odio”³⁵¹. In conclusione, non si può affermare con sicurezza che i discorsi negazionisti, se ritenuti *in sé espressivi di un livello sufficiente di avversione* nei confronti del popolo ebreo (o armeno, ecc.), non possano ammontare a propaganda di idee fondate sull’odio razziale a prescindere da una loro carica istigatoria

³⁴⁹ Corte d’Appello di Venezia, sez. I, 20 ottobre 2008, n. 1553/08, *Bragantini*, in *Foro it.*, 2009, II, pp. 398 ss.; confermata da Cass. pen., sent. n. 13234/08, *Bragantini*, cit., p. 220, e Cass. pen., sent. n. 41819/09, *Bragantini II*, cit., pp. 2362 s. Sul dolo generico della fattispecie, d’accordo anche L. PICOTTI, *Diffusione di idee “razziste” e incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. merito*, 2006, p. 1974.

³⁵⁰ Cass. pen., sent. n. 37581/08, *Mereu*, cit., p. 3031.

³⁵¹ Cass. pen., sent. n. 13234/08, cit., par. 5, p. 222, ha ritenuto l’elemento dell’odio integrato dal “manifestare un’avversione tale da desiderare la morte o un grave danno per la persona odiata”, in contrasto con un “qualsiasi sentimento di avversione o antipatia”. Si osserva un maggior rigore in Cass. pen., sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295/05, *Paoletich*, in *Riv. pen.*, 2006, pp. 320 ss., relativa all’aggravante della finalità di discriminazione o di odio razziale, nella parte in cui afferma la necessità che l’azione “si presenti come intenzionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all’esterno ed a suscitare in altri il suddetto, riprovevole sentimento [di odio] o comunque a dar luogo, in futuro o nell’immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori”. Tuttavia, elabora una definizione estensiva della nozione di odio, che “va inteso senza alcuna accentuazione, rispetto a sentimenti di minore intensità”, Cass. pen., sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381/06, par. 2. Per un raffronto tra queste due ultime pronunce, v. L. FERLA, *L’applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1449 ss. Critica sul concetto di odio, ritenuto “priv[o] di una reale efficacia descrittiva”, E. FRONZA, *Osservazioni*, cit., p. 69.

(anche solo indiretta)³⁵². Solo un'interpretazione costituzionalmente orientata di tali due elementi del reato – l'odio e la propaganda – potrebbe evitare una tale esondazione del flusso punitivo rispetto agli argini posti dal diritto penale liberale.

³⁵² Pur condividendo l'affermazione di M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1587, secondo cui *"il negazionismo non esiste, non deve esistere come reato: o c'è istigazione, o critica storica. Tertium non datur"*, siamo quindi dubbiosi che, rimanendo ancorati al piano dell'essere, la normativa italiana in vigore – e l'interpretazione che ne viene data – rifletta tale auspicata dicotomia. Si considerino infatti, a rafforzare i timori già espressi, tre spunti giurisprudenziali. In primo luogo, va osservato che il caso *Mereu* (Cass. pen., sent. n. 37581/08, cit.) riguarda anche delle condotte configurabili come negazionismo. Pur non trattandosi del modello puro di reato, i giudici hanno però precisato che tali atti esulano dalla "libertà di ricerca storica e culturale e del relativo insegnamento proclamate dall'art. 33, comma 1, Cost.", poiché "travalica[no] nell'incitamento alla discriminazione e all'odio razziale", non mantenendosi "nei limiti della indagine storico-culturale" (*ibidem*, p. 3028); rilevano poi, prefigurando implicitamente l'integrazione della condotta di *propaganda* da parte delle espressioni negazioniste, che "essa può essere tanto più efficace quanto più si affida a strumenti psicologicamente e culturalmente raffinati" (*ibidem*, p. 3031). Il secondo spunto è offerto da Cass. pen., sent. n. 13234/08, *Bragantini*, cit., par. 7, quando, ricostruendo il bene tutelato dalle condotte in esame, lo identifica *esclusivamente nella tutela della dignità umana*, rigettando la prospettazione del giudice d'appello che includeva nell'oggetto della protezione anche l'ordine pubblico, inteso come tranquillità e sicurezza pubbliche. Infine, si noti l'inquadramento tra i reati di pericolo astratto dell'apologia di genocidio (v. Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1985, *Abate*, in *Foro it.*, 1986, II, pp. 19 ss., con nota di G. FIANDACA; *contra*, Corte d'Assise d'Appello di Milano, 14 novembre 2001, con nota di E. FRONZA, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 1013 ss.), giustificata tra l'altro facendo ricorso all'"intollerabile disumanità" di tale crimine. La pronuncia funge da monito rispetto al pericolo che la forte immoralità sottesa anche alle condotte negazioniste turbi allo stesso modo la giurisprudenza, conducendo ad una torsione dei consolidati principi in materia di libertà di espressione.

III. CORTE DI STRASBURGO E REATO DI NEGAZIONISMO TRA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE, ABUSO DEL DIRITTO, E PROTEZIONE DELLA DEMOCRAZIA

1. Premessa

Dopo aver esaminato, nel precedente Capitolo, le richieste di incriminazione provenienti dall'Unione europea, si sposta ora l'attenzione sull'"altra Europa", quella dei diritti, rappresentata dal sistema della CEDU. Se finora si sono messi in luce gli elementi minimi di tutela che la disciplina penale contro le manifestazioni razziste deve approntare, occorre ora volgere lo sguardo all'altro capo della relazione, la libertà di parola, per dedurre quali limiti invalicabili ponga ad un siffatto intervento dello *ius puniendi*.

A più di sessant'anni dalla firma del suo trattato istitutivo, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo³⁵³ è diventata un autorevole punto di riferimento in numerosi campi del sapere giuridico³⁵⁴. La sua giurisprudenza sul diritto alla

³⁵³ Di seguito indicata come "Corte EDU" o "Corte". Tutte le sentenze della Corte EDU citate in questo lavoro sono reperibili sul sito internet <http://hudoc.echr.coe.int/>. Salvo che la decisione sia stata redatta nella sola lingua francese (nel qual caso anche il titolo del caso qui riportato sarà quello francese), tutti i rimandi in nota sono da intendersi riferiti alla versione in inglese. Qualora la decisione non sia suddivisa in paragrafi (o questi valgano solo ad identificare i diversi motivi di ricorso), si farà riferimento al numero di pagina ottenuto aprendo il file scaricato dal sito indicato nei formati *Microsoft Word document* (estensione ".docx") o *Portable Document Format* (estensione ".pdf").

³⁵⁴ Sulla circolazione dei modelli giuridici, si vedano, a titolo esemplificativo, E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000; A. LOLLINI, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, pp. 479 ss. Sulla internazionalizzazione del diritto e il dialogo tra giurisdizioni, cfr. altresì M. DELMAS MARTY, *Le flou du droit*, 1986 (trad. it. di A. Bernardi, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992); ID. (a cura di), *Le processus d'internationalisation*, Parigi, 2000;

libertà di espressione ha prodotto principi espressi in aforismi ripetuti come mantra da organi giudiziari, di diversa natura e competenza, collocati in svariate parti del mondo³⁵⁵. A fronte di tanto nobili statuizioni, tuttavia, si segnalano zone d'ombra applicative, in cui la Corte adotta schemi decisori speciali, in esplicita o implicita deroga alle norme generali³⁵⁶.

J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Parigi, 2005; G. CANIVET, *La convergence des systèmes juridiques par l'action du juge*, in *De tous horizons : mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Parigi, 2005, pp. 11 ss. Sul peculiare rapporto tra protezione dei diritti umani e diritto penale, v. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.

³⁵⁵ Celebre è diventato il passaggio della Corte nella sua importantissima sentenza in materia di libertà di espressione: "Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of [the democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb [...]", (dal caso *Handyside v. United Kingdom*, 7 dicembre 1976, 5493/72, par. 49). La giurisprudenza europea in questo settore è diventata un punto di riferimento internazionalmente accettato, venendo richiamata (anche se poi talvolta disattesa nella concreta vicenda *sub judice*) dai tribunali penali internazionali (v., ad esempio, *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* ("ICTY"), *Hartmann*, IT-02-54-R77.5, *Judgement on Allegations of Contempt*, Specially Appointed Chamber, 14 settembre 2009, par. 69-70, 74; ICTR, *Nahimana et al.*, cit., par. 991-1009), nonché da organi giudiziari interni anche di ultima istanza (v., ad esempio, la Corte costituzionale turca, come menzionato in *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*, Grand Chamber ("GC"), 13 febbraio 2003, 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, par. 43; la Suprema Corte francese: Cass. crim., 1 febbraio 2011, 10-81.667; o, nel nostro paese, la giurisprudenza di merito: Tribunale di Milano, sez. I, 3 aprile 2012, n. 3976).

³⁵⁶ V., ad esempio, la giurisprudenza riguardante l'applicazione ai crimini internazionali del principio *nullum crimen sine lege*, consacrato dall'art. 7 CEDU, entro cui vanno ricordate, a titolo illustrativo, le decisioni nei casi *X. c. Belgique*, (dec.), 20 luglio 1957, 268/57; *Touvier c. France*, (dec.), 13 gennaio 1997, 29420/95; *Papon v. France*, (dec.), 15 novembre 2001, 54210/00; *Kolk and Kislyiy v. Estonia*, (dec.), 17 gennaio 2006, 24018/04; *Korbely v. Hungary*, GC, 19 settembre 2008, 9174/02; *Kononov v. Latvia*, GC, 17 maggio 2010, 36376/04. Lo statuto d'eccezione, in tali casi, emerge con riferimento a due aspetti: da un lato, lo stesso secondo comma dell'art. 7 prevede una deroga al principio di legalità per le condotte che "costituiva[no] un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili"; dall'altro, anche quando la Corte ha condotto l'esame in base al primo

Uno di questi riguarda proprio le norme penali adottate per contrastare le opinioni generalmente inquadrabili entro il fenomeno del negazionismo. Il presente capitolo si propone di descrivere il trentennale sviluppo che ha contraddistinto in tale campo la giurisprudenza degli organi di Strasburgo, evidenziando i pericoli insiti nell'ultima fase della sua evoluzione, che con decisione applica a queste condotte uno *statuto d'eccezione*, sottraendole alle comuni guarentigie riconosciute in materia di libertà di espressione.

Il dato che sollecita una riflessione preliminare, comunque, è che non si registra alcun caso di accoglimento del ricorso, qualunque siano le sue circostanze concrete. La conclusione non muta nemmeno con riferimento alle fasi precedenti, quando la Corte (o, prima di essa, la Commissione) EDU ancora sottoponeva il discorso negazionista agli usuali principi, validi per qualunque altra espressione, assoggettandolo all'ordinario test di bilanciamento. Tutti i procedimenti, senza eccezione alcuna, sono stati definiti con *unanimi* pronunce di inammissibilità, compreso quello, ultimo in ordine cronologico, in cui le espressioni erano contenute in una missiva privata,

comma dell'art. 7, parte della dottrina segnala un parziale distacco dalle regole ordinarie che va a comprimere i diritti individuali in misura maggiore di quando siano in gioco reati comuni (v. ad esempio il caso *Kononov*). Su questi aspetti v., tra i molti, E. FRONZA, M. SCOLETTA, *Corti regionali, crimini internazionali e legalità penale: spunti (e problemi) a partire dal caso Kononov*, in *Ius17@unibo.it*, n. 1/2012, pp. 87-105; T. MARINIELLO, *The 'Nuremberg Clause' and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court's Jurisprudence*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 82(2), 2013, pp. 221-248; V. MANES, *Nessuna pena senza legge* (articolo 7.1) e E. NICOSIA, *Nessuna pena senza legge* (articolo 7.2), entrambi in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, rispettivamente pp. 258 ss. e 288 ss.; D. GOMIEN, D. HARRIS, L. ZWAAK (a cura di), *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasburgo, 1996, p. 206; P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4° ed., Oxford, 2006, pp. 659-662.

inviata da un lettore ad uno storico in risposta ad un suo articolo apparso sulla stampa³⁵⁷.

La Corte e la Commissione, dunque, hanno sempre dimostrato una particolare severità nei riguardi del negazionismo, distaccandosi dai principi generali sulla libertà di manifestazione del pensiero solennemente proclamati in altre decisioni. Per giustificare il trattamento peggiore di queste condotte certo non basta riferirsi alla loro pericolosità – quasi mai oggetto di verifica in concreto³⁵⁸ –. Essendo il negazionismo considerato (presuntivamente) una manifestazione di razzismo ed antisemitismo, per spiegare lo statuto d'eccezione ad esso applicato è sembrato necessario – come si vedrà – richiamare la più ampia dinamica della *protezione della democrazia*, entro cui la legislazione di contrasto a razzismo e xenofobia è stata ricondotta³⁵⁹.

Sezione I: La negazione dell'Olocausto nella giurisprudenza di Strasburgo

2. La libertà di espressione secondo i giudici di Strasburgo

2.1. Principi generali derivanti dall'art. 10 CEDU

Prima di passare all'illustrazione dei precedenti europei in tema di negazionismo, pare utile riassumere brevemente i principi che la Corte EDU

³⁵⁷ V. *Witzsch v. Germany* (2), (dec.), 13 dicembre 2005, 7485/03. Come si esaminerà in seguito, tra l'altro, il ricorrente non era nemmeno stato condannato per condotte *stricto sensu* definibili come negazioniste, avendo egli invece criticato l'articolo dello storico Wolffson sostenendo che non esisterebbe alcuna prova che lo sterminio degli ebrei – non contestato in sé – fosse stato ordinato da Hitler ed organizzato dal suo partito. A tal riguardo, a nulla vale il rilievo che il ricorrente fosse già stato condannato in passato per espressioni, quelle sì, propriamente negazioniste.

³⁵⁸ Cfr. E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 220.

³⁵⁹ V. M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale*, cit., pp. 103-128.

ha elaborato sulla libertà di espressione³⁶⁰. L'analisi di questo *ius commune*, generalmente applicabile a tutte le manifestazioni del pensiero, renderà palese – nel prosieguo del lavoro – la significativa disparità di trattamento con le condotte negazioniste, le quali vengono invece assoggettate – applicando l'art. 17 CEDU – ad un regime derogatorio, in cui flebile risulta essere il sindacato europeo sulle interferenze nazionali con la libertà di espressione.

Nel 1950, anno di conclusione della CEDU, venne dato risalto primario al diritto di libera espressione, sancito dall'art. 10. Già da almeno due secoli, comunque, ne era stata riconosciuta l'importanza, tanto da venir qualificato come “uno dei più preziosi diritti degli uomini” dall'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino proclamata nel 1789.

Oggi, accanto alla nozione classico-liberale ottocentesca secondo cui si tratta di un diritto inviolabile della persona, di una “sfera di autonomia privata da difendere contro indebite ingerenze dei pubblici poteri”³⁶¹, se ne affianca una di ulteriore. L'art. 10, infatti, ingloba in un'unica disposizione anche la libertà di informazione che, combinata con la prima, assurge a pietra angolare della democrazia³⁶².

Questi principi emergono già nella prima fondamentale sentenza in materia e meritano di essere qui riportati:

³⁶⁰ Per una recente ricostruzione della giurisprudenza della Corte EDU in materia di libertà di espressione, con dovizia di riferimenti giurisprudenziali, v. D. VOORHOOF, *Freedom of Expression under the European Human Rights System. From Sunday Times (n° 1) v. U.K. (1979) to Hachette Filipacchi Associés (“Ici Paris”) v. France (2009)*, in *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2009, pp. 3-49; J.-F. FLAUS, *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression*, in *Indiana Law Journal*, 2009, pp. 809 ss; *La liberté d'expression en Europe - Jurisprudence relative à l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (Dossiers sur les droits de l'homme n° 18)*, 3° ed., Éditions du Conseil de l'Europe, 2006.

³⁶¹ P. CARETTI, *sub* Art. 10 – Libertà di espressione, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (diretto da), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 339.

³⁶² Sul ruolo della stampa quale “cane da guardia” che vigila sul corretto esercizio dei pubblici poteri, v. G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2005, p. 173; v., altresì, Risoluzione n. 59, approvata durante la prima sessione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, n. A/RES/59(I), 14 dicembre 1946.

La libertà di espressione, consacrata dal par. 1 dell'art. 10, costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, una delle condizioni di base del suo progresso. Sotto riserva del par. 2 dell'art. 10, essa vale non solo per le informazioni o idee accolte con favore o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche per quelle che urtano, scioccano o inquietano; così vogliono il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura, senza i quali non vi è società democratica³⁶³.

La Convenzione sancisce dunque l'obbligo di dar voce alle minoranze, così come alle opinioni scomode, senza le quali verrebbe meno quel pluralismo giudicato una condizione basilare per il progresso della democrazia e l'autorealizzazione dell'individuo.

L'art. 10 si compone di due commi in cui – con tecnica simile a quella utilizzata nelle costituzioni moderne – dopo una dichiarazione relativa al diritto nella sua portata di libertà, vengono esplicitati i limiti cui il suo esercizio è subordinato³⁶⁴. Nonostante le restrizioni particolarmente forti e incisive, formulate in modo generico nel secondo comma, la giurisprudenza di Strasburgo, pur con frammentarietà e cautela, ha adottato interpretazioni tali

³⁶³ *Handyside v. United Kingdom*, cit., par. 49, testo in italiano in M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. I, Milano, 2006, pp. 228 ss. Le stesse considerazioni verranno espresse in numerose decisioni successive, a partire dall'altrettanto nota sentenza *Sunday Times v. United Kingdom (1)*, 26 aprile 1979, 6538/74, par. 65.

³⁶⁴ Art. 10 (Libertà di espressione): “1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per l'integrità territoriale o per la pubblica sicurezza, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario”.

da ottenere la massima espansione del diritto in parola³⁶⁵. La tensione che più interessa la tematica del negazionismo, si vedrà, è quella tra la libertà individuale di espressione e le esigenze generali di difesa della democrazia che trovano espressione nella clausola sull'abuso del diritto prevista dall'art.17³⁶⁶.

I limiti alla libertà di espressione – che ne fanno un *diritto non assoluto* – scaturiscono da quei “doveri e responsabilità” incombenti su chi diffonde idee e opinioni. Essi possono essere posti dalle autorità nazionali a tutela di specifici interessi, individuati dalla Convenzione, tra i quali si annoverano la prevenzione dei disordini e dei reati, la tutela della sicurezza nazionale, dell'integrità territoriale, dell'ordine pubblico, della salute, della morale e dell'autorità ed imparzialità del potere giudiziario, nonché la salvaguardia della reputazione e dei diritti altrui³⁶⁷.

Schematizzando, lo scrutinio della Corte segue dei passaggi logici progressivi per vagliare, partendo dal riconoscimento dell'ingerenza attuata dalle autorità, se questa: *a)* fosse stata prevista dalla *legge*, *b)* mirasse a realizzare uno *scopo* legittimo, *c)* fosse *necessaria in una società democratica* e risultasse *proporzionata* rispetto allo scopo perseguito.

³⁶⁵ P. CARETTI, *sub* Art. 10 – Libertà di espressione, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario*, cit., pp. 340-341. Cfr., tuttavia, F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 58, il quale osserva che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in questo campo “si mostra per lo più propensa ad avallare le scelte di criminalizzazione compiute dagli Stati [...], sì da risultare nel complesso – per comune riconoscimento – scarsamente incisiva”.

³⁶⁶ Art. 17 (Divieto dell'abuso del diritto): “Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione”.

³⁶⁷ C. RUSSO-P. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, 2° ed., Milano, 2006, p. 176, che li suddivide in due categorie, a seconda che siano volti alla protezione degli interessi generali o di quelli individuali.

Il fulcro dello scrutinio – ovverosia il passaggio in cui la Corte verifica realmente le scelte nazionali³⁶⁸ – è rappresentato dall'ultimo *step* della catena logica appena delineata, vale a dire la necessità e proporzionalità delle misure in una società democratica, che si concretizza nell'accertamento della sussistenza di un bisogno sociale preminente tale da giustificare la restrizione alla libertà di parola³⁶⁹. Da una parte, questo bisogno sociale richiede che la misura “risponda ad una esigenza effettiva in quel particolare contesto sociale, in quel determinato momento storico”³⁷⁰; dall'altra, il principio di proporzionalità vuole che la misura restrittiva, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, non comporti un'eccessiva compressione della libertà, facendo sorgere in capo agli Stati l'obbligo di motivarla in modo convincente³⁷¹.

Si evince allora come il giudizio di violazione della CEDU “si present[i] tipicamente come il prodotto di un bilanciamento tra interessi confliggenti”³⁷².

³⁶⁸ A livello statistico, è interessante evidenziare i dati riportati da P. CARETTI, *sub* Art. 10 – Libertà di espressione, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario*, cit., pp. 344-345, che analizza le decisioni pronunciate in materia di libertà di espressione nella decade antecedente il 2001. Ebbene, mentre su 60 casi 32 sono gli accoglimenti dei ricorsi degli individui contro gli Stati, in nessuno di questi la Corte giudica le misure non rispondenti agli scopi consentiti, concentrando il proprio scrutinio invece sul giudizio di proporzionalità.

³⁶⁹ E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 29, aggiungendo la considerazione che il bilanciamento tra interessi confliggenti implicato dal principio di proporzionalità è il metodo tipico di lavoro delle Corti costituzionali, alle quali la Corte EDU può per questo aspetto essere assimilata.

³⁷⁰ P. CARETTI, *sub* Art. 10 – Libertà di espressione, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario*, cit., p. 342.

³⁷¹ V., ad esempio, *Editions Plon v. France*, 18 maggio 2004, 58148/00, par. 42; *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, GC, 22 ottobre 2007, 21279/02 e 36448/02, par. 45.

³⁷² E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 29; cfr. V. MANES, *Introduzione - La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 22-27, il quale, pur riconoscendo la rilevanza del “bilanciamento degli interessi” e del “test di proporzionalità”,

L'interpretazione data dalla Corte agli esposti criteri, se ha contenuto il rischio di lettura estensiva delle generiche clausole limitative elencate al secondo comma dell'art. 10, ha comunque elaborato dei principi che le permettono di riservare a sé un notevole lasso di discrezionalità, in analogia, certo, con quanto avviene nella giurisprudenza delle Corti costituzionali degli Stati aderenti alla Convenzione³⁷³.

Nella valutazione dei requisiti anzidetti, la Corte concede inoltre agli Stati un certo *margin of appreciation*, in ragione del loro miglior posizionamento per vagliare i bisogni della comunità, dovuto alla vicinanza fisica e culturale al luogo del fatto. Si tratta di una discrezionalità riconosciuta ai governi alla quale si accompagna comunque una supervisione europea delle scelte compiute, tesa a verificare che queste non abbiano svilito l'essenza del diritto individuale³⁷⁴. La Corte, in sostanza, pur non sostituendosi agli organi nazionali, si riserva sempre l'ultima parola sulla compatibilità con la CEDU delle opzioni adottate a livello interno³⁷⁵.

L'ampiezza di tale margine varia in base al campo di attinenza delle opinioni espresse, raggiungendo la massima estensione in materia di difesa della morale e del sentimento religioso, in ragione del fatto che i paesi europei non hanno una concezione uniforme di tali concetti e, quindi, le autorità interne si trovano in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per pronunciarsi sul contenuto preciso di tali esigenze³⁷⁶. Al contrario, una

ritiene preponderante la centralità del caso concreto, che più da vicino ricorderebbe la "giurisprudenza degli interessi".

³⁷³ P. CARETTI, *sub* Art. 10 – Libertà di espressione, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario*, cit., pp. 343-344; E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 29, nota 78.

³⁷⁴ G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa*, cit., p. 133.

³⁷⁵ *Axel Springer AG v. Germany*, GC, 7 febbraio 2012, 39954/08, par. 85-86. Cfr. S. GREER, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2000, pp. 20, 33, il quale critica comunque il fatto che non sia sempre chiaro su chi incomba l'onere di provare la proporzionalità delle misure.

³⁷⁶ *Wingrove v. United Kingdom*, 25 novembre 1996, 17419/90, par. 58. Un altro esempio può rinvenirsi nel caso *Otto Preminger Institut v. Austria*, 20 settembre 1994, 13470/87 (passaggi fondamentali tradotti in italiano in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, pp. 365 ss.),

rigorosa supervisione è applicata in materia di informazione e critica politica, entro cui l'ingerenza può essere ammessa solo in casi eccezionali, trattandosi di un aspetto essenziale della vita democratica.

La dottrina del margine di apprezzamento è stata molto studiata e ne è stata spesso sottolineata la natura frammentaria, casistica e largamente imprevedibile³⁷⁷. Ad avviso di un Autore, tale espediente argomentativo

riguardante il sequestro da parte delle autorità austriache di un film giudicato offensivo del sentimento religioso della maggioranza, cattolica, dei cittadini del luogo. La Corte si è infatti attenuta alla valutazione degli organi nazionali in virtù della mancanza di una nozione europea uniforme di sentimento religioso e della prossimità di tali organi alle esigenze in parola (par. 50, 56). Anche in tale caso, le circostanze del caso concreto hanno assunto un ruolo determinante: le espressioni sono state giudicate gratuitamente offensive e non contribuenti ad alcun dibattito pubblico, né l'accesso alla sala subordinato al pagamento di un biglietto può valere per scriminare gli autori.

³⁷⁷ La dottrina del margine d'apprezzamento, sebbene non trovi un ancoraggio testuale nella CEDU, è ormai un riferimento costante in moltissime decisioni degli organi di Strasburgo, specialmente nel campo delle libertà individuali sancite dagli artt. 8-11. Si tratta, in sintesi, di uno spazio di discrezionalità che la Corte è disposta a lasciare agli Stati nell'adempimento degli obblighi derivanti dalla Convenzione. La letteratura sul tema è vasta e ci si limita quindi a fornire qualche esempio: Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, 2002; R. BERNHARDT, *Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD (a cura di), *Protecting Human Rights: The European Dimension – Studies in Honour of Gerard Wiarda*, 2° ed., Koln, 1990; E. BREMS, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, pp. 240 ss.; J.A. BRAUCH, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Columbia Journal of European Law*, 2004/2005, pp. 113 ss.; M. DELMAS-MARTY (a cura di), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions*, Dordrecht, 1992; N. LAVENDER, *The Problem of the Margin of Appreciation*, in *European Human Rights Law Review*, 1997, pp. 380 ss.; S. GREER, *The Margin of Appreciation*, cit.; J. SCHOKKENBROEK, *The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, pp. 30 ss.; R.ST.J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the ECHR*, in *International Law at the Time of its Codification. Essays in honour of Roberto Ago*, vol. 3, Milano, 1987, pp. 187-208 e in A. CLAPHAM, F. EMMERT (a cura di), *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. 2(2), *The Protection of Human Rights in Europe*,

verrebbe impiegato soprattutto nei casi di bilanciamento più dubbi e controversi, non essendo all'opposto invocato quando l'interesse da privilegiare emerge con nitidezza³⁷⁸.

2.2. Cenni (e rinvio) sul rapporto tra libertà di espressione e reati di opinione

Essendo quello dei reati d'opinione un settore particolarmente delicato, notevolmente criticato dalla dottrina ma tuttora al centro delle legislazioni nazionali, si deve premettere che la Corte, di fronte alle censure di violazione della libertà di espressione, ha mantenuto un atteggiamento estremamente

Dordrecht, 1990, pp. 99-161; C. MORRISON, *The Margin of Appreciation Doctrine Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1982, pp. 47 ss.; E. BENVENISITI, *Margin of appreciation, consensus and universal standards*, in *New York University International Law and Politics*, 1999, pp. 843 ss.; T.A. O'DONNELL, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1982, pp. 474 ss.; E. KASTANAS, *Unité et Diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996; P. LAMBERT, *Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité*, in F. SUDRE (a cura di), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, pp. 63-89; P. MAHONEY, *Universality versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech: Explaining Some Recent Judgments*, in *European Human Rights Law Review*, 1997, pp. 364-379; ID., *Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism?*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, pp. 1 ss.; M. O'BOYLE, *The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15: Ritual Incantation or Principle?*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, pp. 23-29; H.C. YUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, in *Connecticut Journal of International Law*, 1987, pp. 111-159; R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 1991, pp. 571-614; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 1999, pp. 743-771; v. anche il numero speciale della rivista *Human Rights Law Journal*, 1998, vol. 19 dedicato a *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice*.

³⁷⁸ S. GREER, *The margin of appreciation*, cit., pp. 5-8.

cauto, dando vita ad una giurisprudenza priva di respiro sistematico coerente, dalla quale pare arduo trarre indicazioni univoche che consentano di prevedere l'esito del ricorso³⁷⁹. Se da un lato, i giudici europei hanno tentato di stabilire il discrimine tra restrizione lecita ed illecita affidandosi al criterio della concreta pericolosità delle affermazioni, direttamente o indirettamente prodromiche al fenomeno criminale, dall'altro non è possibile cogliere molte indicazioni di principio, risultando ogni decisione strettamente legata alle circostanze emerse nella singola vicenda in esame. Si sostiene in dottrina che, in generale, la Corte non ha riconosciuto in materia margini di libertà maggiori rispetto a quelli garantiti dalle istanze costituzionali degli Stati membri³⁸⁰.

Non è tra gli obiettivi di questo lavoro svolgere uno studio esaustivo sul tema dei rapporti tra Convenzione europea e reati di opinione; l'intento qui è solo quello di offrire gli elementi contestuali di base per poter meglio inquadrare la giurisprudenza sul negazionismo. Ci si limiterà, dunque, a qualche esempio introduttivo, facendo presente, tra l'altro, che una più ampia disamina sul trattamento riservato alle espressioni di razzismo e di *hate speech* sarà svolta nei paragrafi successivi³⁸¹.

Un profilo da sottolineare riguarda, come anticipato, l'importanza cruciale rivestita dalle circostanze del caso concreto. Un caso che può suffragare questa affermazione trae origine dal ricorso di un cittadino turco condannato per propaganda contro l'integrità dello Stato a causa di un discorso pubblico nel quale criticava duramente la politica del governo nei confronti della popolazione curda³⁸². La misura restrittiva è stata giudicata sproporzionata dalla Corte in quanto, valutando il contesto, essa ha rilevato come il ricorrente non avesse incitato il pubblico alla violenza, alla resistenza armata o alla rivolta³⁸³.

³⁷⁹ E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 319.

³⁸⁰ E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., p. 214, nota 119 e pp. 319 ss.

³⁸¹ V. *infra*, § III.7.2.1 e relativi sottoparagrafi.

³⁸² *Elden c. Turquie*, 9 dicembre 2004, 40985/98, par. 21. Analoghi i casi *Abdullah Aydin c. Turquie (1)*, 9 marzo 2004, 42435/98, par. 26-36, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, pp. 648 ss., e *Abdullah Aydin c. Turquie (2)*, 10 novembre 2005, 63739/00, par. 20-28.

³⁸³ *Elden c. Turquie*, cit., par. 21.

Più risalente nel tempo, e di segno opposto, il già citato caso *Handyside*, in cui l'editore era stato assoggettato a sanzione pecuniaria e al sequestro del materiale per aver pubblicato *The little red schoolbook*, un manuale rivolto agli adolescenti con ampie sezioni dedicate al problema della droga e all'educazione sessuale, giudicato dalle autorità nazionali lesivo della morale³⁸⁴. La Corte ha assecondato le restrizioni tenendo conto del *target* di persone cui il libro era rivolto (giovani tra i 12 ed i 18 anni). Inoltre, è stato riconosciuto un certo margine di apprezzamento allo Stato convenuto, accordandogli un'ampia discrezionalità nel campo della protezione della morale³⁸⁵. In entrambi i casi, dunque, i giudici hanno assegnato rilievo a circostanze concretamente (ed autonomamente) valutate, quali l'intento dell'autore e le caratteristiche del pubblico, nonché al settore sul quale vertevano le manifestazioni del pensiero, dimostrando più rigore nell'ambito della critica politica.

Ad ulteriore dimostrazione dell'importanza che assume la finalità dell'agente – con l'inevitabile incertezza di che ne deriva – si riporta infine il caso di un giornalista danese, autore di un breve *reportage*, con interviste ai protagonisti, sul fenomeno dei gruppi razzisti noti come “giacche verdi”³⁸⁶. In ragione della

³⁸⁴ M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo*, vol. I, cit., p. 233: “[il libro] soprattutto nella sezione sulla sessualità e nel brano intitolato ‘Sii te stesso’ del capitolo sugli allievi, comprendeva frasi o paragrafi che ragazzi in uno stadio critico del loro sviluppo avrebbero potuto interpretare come un incoraggiamento a darsi ad attività per loro precoci e dannose ovvero perfino a commetter illeciti penali”.

³⁸⁵ M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo*, vol. I, cit., p. 231: “non è possibile trovare nel diritto interno dei vari Stati contraenti una nozione europea uniforme di morale. L'idea che le loro leggi hanno delle esigenze di quest'ultima varia nel tempo e nello spazio, specialmente nella nostra epoca caratterizzata da una rapida e costante evoluzione delle opinioni in materia. In ragione del loro diretto e continuo contatto con le forze vitali dei loro paesi, le autorità statali sono, in linea di principio, in una posizione migliore del giudice internazionale per pronunciarsi sull'esatto contenuto di tali esigenze nonché sulla necessità di una restrizione”. Tuttavia, “il margine nazionale di discrezionalità va [...] di pari passo con un controllo europeo”.

³⁸⁶ *Jersild v. Denmark*, GC, 23 settembre 1994, 15890/89, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, pp. 116 ss., annotata da S. FREGO LUPPI, *Diritto di cronaca e tutela dalla diffusione di idee*

diffusione di idee razziste, avvenuta mediante il rotocalco televisivo, il giornalista era stato condannato dai giudici nazionali per essersi reso colpevole di aver creato i presupposti per tale comunicazione, senza prendere le distanze dalle affermazioni espresse dagli intervistati né predisporre alcun contraddittorio; la libertà di cronaca avrebbe dovuto, ad avviso del governo danese, cedere il passo alle esigenze di lotta all'odio razziale.

La Corte, riconoscendo la “speciale importanza” del diritto d'informazione nell'ambito di un sistema democratico, ha censurato l'ingerenza delle autorità nazionali sulla base, anche nella presente vicenda, delle circostanze del caso concreto. Cruciali si sono rivelati due aspetti: da un lato, la finalità perseguita dal giornalista, che non aveva l'intento di propagandare idee razziste bensì quello di far conoscere un fenomeno di interesse sociale; dall'altro lato, il fatto che la trasmissione fosse indirizzata ad un pubblico ben informato, che perciò non avrebbe tratto da essa alcun incitamento o sostegno alle proprie idee razziste³⁸⁷. Come dire che, se lo stesso servizio fosse stato realizzato da un simpatizzante che ne avesse poi trasmesso le immagini via internet, la decisione dei giudici sarebbe probabilmente stata opposta. Ed ecco allora emergere il pericolo sotteso ai principi della Corte in materia di reati d'opinione: l'accento posto sulle finalità dell'autore e sui destinatari del messaggio spostano inevitabilmente il giudizio dal fatto all'autore: come osservato, il medesimo prodotto audiovisivo può assumere sia funzione informativa sia di propaganda a seconda di chi ne promuova la diffusione e del contesto in cui tale diffusione avviene. Si tratta di un rischio che si troverà anche nelle decisioni attinenti il fenomeno negazionista che ci si appresta ad esaminare di seguito.

razziste. Nota alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Jersild c. Danimarca, pp. 38 ss.

³⁸⁷ S. FREGO LUPPI, *Diritto di cronaca*, cit., pp. 39-41 e il passaggio rilevante della decisione a p.121. Da precisare che la Corte ha ritenuto illegittima la sola condanna del giornalista, mentre ha giustificato quelle inflitte agli intervistati.

2.3. La clausola sull'abuso del diritto *ex art. 17 CEDU*: origini e ragioni di fondo (rinvio)

Oltre alle restrizioni previste, come appena accennato, dal secondo comma dell'art. 10, la libertà di espressione trova un limite "esterno", di natura eccezionale, nella clausola sull'abuso del diritto prevista dall'art. 17³⁸⁸. Rinviano alla *Sezione II* di questo Capitolo per un'analisi più approfondita in merito, basti qui offrire qualche elemento di base, funzionale ad una più agile comprensione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU sul negazionismo.

L'art. 17 – la cui logica sottende clausole simili inserite nei principali strumenti internazionali in materia di diritti fondamentali³⁸⁹ – è stato concepito come arma di difesa delle democrazie dalle "attività liberticide"³⁹⁰. Sin dai *travaux préparatoires* appare chiaro come esso affondi le proprie radici nell'esperienza storica immediatamente precedente la redazione della CEDU, ovvero il collasso di alcune democrazie europee, tra cui Italia e Germania, tramutatesi in sistemi autoritari. Nel 1949 così recitava infatti il resoconto dell'*Assemblée Consultative*: "Si tratta di impedire che le correnti totalitarie possano sfruttare a loro favore i principi sanciti dalla Convenzione, vale a dire invocare i diritti di libertà per sopprimere i diritti dell'uomo"³⁹¹. Si

³⁸⁸ Per una ricostruzione storica e comparata dell'abuso del diritto, che ne mette in luce attuali difetti e potenzialità future, v. F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, 2011.

³⁸⁹ V. l'art. 30 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, l'art. 5 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, l'art. 29 della *Convenzione americana dei diritti dell'uomo* e l'art. 54 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. Osserva invece P. LE MIRE, *sub Article 17*, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (diretto da), *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2° ed., Parigi, 1999, p. 509, la totale assenza di una simile disposizione nei corpi normativi precedenti la seconda guerra mondiale, quali le dichiarazioni americana e francese e le costituzioni liberali del XIX secolo.

³⁹⁰ V. *infra*, § III.7.

³⁹¹ *Travaux Préparatoires, Comptes rendus de l'Assemblée Consultative*, 1949, prima sessione, pp. 1235, 1237, 1239, citato in *Parti Communiste d'Allemagne c. République Fédérale d'Allemagne*, (dec.), 20 luglio 1957, 250/57, p. 4. Per un resoconto dei lavori

deve dunque al clima politico del secondo dopoguerra l'inserimento di questo "paracadute supplementare" a difesa della democrazia³⁹².

L'abuso del diritto rappresenta insomma il fulcro di un compromesso tra la salvaguardia degli interessi generali della comunità ed il rispetto dei diritti individuali, suggellato nella formula tedesca della *wehrhafte* (o *streitbare*) *Demokratie*³⁹³. Si tratta di un modello politico che si spiega mediante il c.d. *paradosso della tolleranza*, di popperiana memoria, secondo cui la tolleranza illimitata conduce alla scomparsa della tolleranza; per questo sarebbe necessario "proclamare, in nome della tolleranza, il diritto di non tollerare gli intolleranti"³⁹⁴.

preparatori sull'art. 17, v. P. LE MIRE, *sub* Article 17, cit., pp. 510-512, in cui l'Autore riporta le dichiarazioni dei delegati degli Stati che facevano riferimento ai pericoli rappresentati da comunismo, guerra fredda, fascismo e nazismo.

³⁹² A. SPIELMANN, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit*, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, 1998, pp. 681-682, 685-686.

³⁹³ Letteralmente "democrazia capace di difendersi", detta anche "democrazia protetta" o "democrazia militante"; il concetto è stato coniato negli anni '30 dal filosofo tedesco, esiliato negli Stati Uniti, Karl Loewenstein, v. K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *The American Political Science Review*, 1937, pp. 417-432, 638-658 (che incoraggiava le democrazie a farsi militanti, cioè ad imporre una temporanea sospensione dei diritti fondamentali, per combattere il dilagante fascismo. Da notarsi che quest'ultimo era considerato non un'ideologia ma una tecnica politica camuffata da ideologia; per questo la repressione avrebbe avuto successo. L'Autore osservava tra l'altro come il ricorso a poteri straordinari avesse già conseguito buoni risultati in altri paesi, quali Finlandia, Estonia ed Austria). V., altresì, K. MANNHEIM, *Diagnosis of our time: wartime essays of a sociologist*, Londra, 1943 (trad. it. *Diagnosi del nostro tempo*, Milano, 1951); M. LERNER, *It is later than you think: the need for a militant democracy*, New York, 1943 (ora pubblicato da Transaction Publishers, New Brunswick, 1989); E. JESSE, *Streitbare Demokratie, Theorie Praxis, und Herausforderungen in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlino, 1981; G.P. BOVENTER, *Grenzen politischer Freiheit im demokratischen Staat: das Konzept der streitbaren Demokratie in einem internationalen Vergleich*, Berlino, 1985. Più di recente, v. gli scritti in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, cit.; A. SAJÓ (a cura di), *Militant Democracy*, Utrecht, 2004; S. CECCANTI, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Torino, 2004; A. CERRI, voce *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989.

³⁹⁴ K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici - I. Platone totalitario*, Roma, 1973, p. 360, in cui si legge anche: "se estendiamo l'illimitata tolleranza anche a coloro che sono

Di conseguenza, lo scontro tra la libertà di espressione e, ad esempio, il diritto alla protezione contro le manifestazioni razziste non viene risolto per mezzo del classico strumento conciliativo del *bilanciamento* – soggetto inevitabilmente ad interpretazioni divergenti, variabili caso per caso –, bensì *neutralizzando* tale conflitto, imponendo la *decadenza* dal diritto di parola per le affermazioni antisistema. Queste ultime non sarebbero perciò considerate opinioni ma reati punibili in quanto tali³⁹⁵. In altre parole, le potenzialità dell'art. 17 sono tali che, quando invocato come perno argomentativo delle decisioni, esso vale addirittura a rimuovere categoricamente certi tipi di opinioni dall'ambito di protezione della Convenzione, senza bisogno di valutare l'insieme delle circostanze del caso concreto.

intolleranti, se non siamo disposti a difendere una società tollerante contro gli attacchi degli intolleranti, allora i tolleranti saranno distrutti e la tolleranza con essi. In questa formulazione, io non implico, per esempio, che si debbano sempre sopprimere le manifestazioni delle filosofie intolleranti; finché possiamo contrastarle con argomentazioni razionali e farle tenere sotto controllo dall'opinione pubblica, la soppressione sarebbe certamente la meno saggia delle decisioni. Ma dobbiamo proclamare il diritto di sopprimerle, se necessario, anche con la forza; perché può facilmente avvenire che esse non siano disposte a incontrarci a livello dell'argomentazione razionale, ma pretendano ripudiare ogni argomentazione; esse possono vietare ai loro seguaci di prestare ascolto all'argomentazione razionale, perché considerata ingannevole, e invitarli a rispondere agli argomenti con l'uso della violenza. Dovremmo quindi proclamare, in nome della tolleranza, il diritto di non tollerare gli intolleranti. Dovremmo insomma proclamare che ogni movimento che predica l'intolleranza si pone fuori legge e dovremmo considerare come crimini l'incitamento all'intolleranza e alla persecuzione, allo stesso modo che consideriamo un crimine l'incitamento all'assassinio, al ratto o al ripristino del commercio degli schiavi”.

³⁹⁵ Offre un'interessante analisi di queste due modalità di risoluzione del conflitto tra libertà di espressione e diritto a non subire discriminazione razziale, senza prendere posizione su quale egli preferisca, R. DE GOUTTES, *À propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre racisme*, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, cit., pp. 251-265.

3. I tre stadi evolutivi dell'orientamento degli organi della CEDU

La linea evolutiva della giurisprudenza degli organi di Strasburgo sul negazionismo può essere articolata in tre fasi principali, caratterizzate dal diverso ruolo assunto dall'art. 17. Come sarà esposto di seguito, tale disposizione determina il modo di atteggiarsi del giudizio di necessità e proporzione delle restrizioni statali alla libertà di espressione, fulcro del controllo europeo in materia.

Nella prima fase, entro cui ricade un numero limitato di casi, collocati all'inizio degli anni '80, il comportamento della Commissione EDU appare ancora timido, privo di piena cognizione di causa. Da un lato, l'interesse addotto per giustificare le restrizioni esaminate è quello – collettivo, ma non generale – della tutela della memoria dei familiari del ricorrente, periti per mano nazista; dall'altro, l'art. 17, con il suo sottostante apparato ideologico, rimane completamente estraneo ad un giudizio di bilanciamento ancorato ai principi generali in materia di libertà di espressione, dedotti dall'art. 10 della Convenzione.

Dopo alcuni anni (e casi giurisprudenziali) di transizione, la disposizione di cui all'art. 17 – fino ad allora applicata in due soli casi³⁹⁶ – è passata dal suo ambiente d'origine, quello delle attività di ispirazione antidemocratica, all'emergente fenomeno del negazionismo. Questo processo di contaminazione dei modelli argomentativi da un insieme di casistiche all'altro è stato favorito dal frequente, quasi ineludibile, intreccio tra i due fenomeni che ha fatto dell'uno, il negazionismo, una manifestazione dell'altro, il nazismo (o comunque dell'ideologia ad esso sottesa). L'ingresso dell'art. 17 in decisioni ancora dominate dal test di proporzione e necessità che l'art. 10

³⁹⁶ *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, (dec.), 11 ottobre 1979, 8348/78 & 8406/78 (discriminazione razziale); *Parti Communiste d'Allemagne v. Allemagne*, (dec.), 20 luglio 1957, 250/57 (scioglimento coatto di un partito politico che perseguiva scopi totalitari). Cfr. inoltre, *Lawless v. Ireland* (3), 1° luglio 1961, 332/57, (the law), par. 5-7, in cui la Corte nega l'applicazione dell'art. 17 nei confronti di un individuo sospettato di appartenere all'organizzazione "IRA", dichiarata illegale in Irlanda a causa di attività ritenute dirette alla distruzione dei diritti e delle libertà garantite dalla CEDU.

prevede per le ingerenze nell'esercizio del *free speech*, tuttavia, muta il modo di operare fino a quel momento manifestato dalla clausola sull'abuso del diritto. Anziché escludere in radice certe condotte dall'ambito di protezione della CEDU, com'era accaduto fino ad allora, essa diventa il veicolo attraverso cui certi interessi generali – in particolare quello alla *pacifica convivenza* dei gruppi sociali – entrano nel giudizio di bilanciamento *ex art. 10*. Quest'ultimo meccanismo continua quindi, almeno sulla carta, ad operare secondo gli schemi ordinari, mantenendo la sua capacità di modularsi, caso per caso, ai peculiari risvolti fattuali di ciascun ricorso.

L'ultima di queste tre fasi vede l'abbandono di tale opzione interpretativa a favore di un ritorno alle origini, nel senso che la clausola di salvaguardia di cui all'art. 17 non viene più applicata come canone ermeneutico, ma per estromettere *ratione materiae* determinate classi di opinioni dalla protezione offerta dalla Convenzione, in quello che viene definito il suo *effetto ghigliottina*³⁹⁷. Tra tali categorie escluse spicca la negazione dei “fatti storici chiaramente stabiliti”: ciò significa che una misura penale che sanzioni questo tipo di affermazioni non viene più sottoposta al classico giudizio di bilanciamento, giacché tali convincimenti fuoriescono a monte dallo spettro di espressioni tutelate, a prescindere dalle circostanze del caso concreto. Per dirla con le parole della Corte³⁹⁸, le opinioni concernenti la negazione o revisione di eventi che appartengono alla categoria dei fatti storici chiaramente stabiliti, come l'Olocausto, sono *sottratte*, per mezzo dell'art. 17, alla protezione offerta dall'art. 10.

Al termine dell'esposizione di questi tre momenti evolutivi, si andranno ad analizzare le problematiche sollevate dall'attuale approccio della Corte, che si risolve in un *endorsement* delle recenti normative nazionali ed europee volte ad ampliare l'area delle opinioni proibite. Il diritto penale, eminente protagonista di tali interferenze repressive, esce certamente indebolito nella sua immagine europea liberale e tollerante e perde, nella fondamentale area

³⁹⁷ J.-F. FLAUSS, *L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. univ. dr. h.*, 1992, p. 464.

³⁹⁸ Per il primo esempio di importazione di questo modello argomentativo in casi attinenti condotte (*lato sensu*) negazioniste, v. *Lehideux and Isorni v. France*, GC, 23 settembre 1998, 24662/94, par. 47.

della libertà di espressione, un prezioso argine alle tendenze espansive che oggi accomunano numerosi ordinamenti. Lungi dal perdere di vista il vitale interesse sotteso all'utilizzazione dell'art. 17, la soluzione interpretativa che sarà suggerita ne propone una valorizzazione nell'ambito di un approccio più flessibile, capace di bilanciare le diverse circostanze di ciascun caso, incluso il contesto storico, sociale e geografico in cui le espressioni si collocano, salvaguardando così la tenuta dei principi generali – questi sì – veri guardiani della (r)esistenza democratica.

4. Prima fase: applicazione dell'ordinario test *ex art. 10 CEDU*

Le decisioni rientranti nella prima fase della giurisprudenza di Strasburgo in materia di negazionismo non hanno ad oggetto norme che incriminano esplicitamente condotte di questo tipo. In tale periodo iniziale, esse venivano punite, in special modo in Germania, attraverso un'interpretazione estensiva di fattispecie, non certo connotate da granitica tassatività, quali il vilipendio alla memoria dei defunti (*Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*, § 189 StGB), l'incitamento all'odio (*Volksverhetzung*, § 130 StGB) e la diffamazione (*Beleidigung*, § 185 StGB)³⁹⁹; in modo simile in Austria, fino all'espressa incriminazione per via legislativa, le espressioni negazioniste venivano sussunte sotto la norma contro le “attività di ispirazione nazionalsocialista”, già proibite da una legge del 1947⁴⁰⁰. I procedimenti, come si vedrà analizzando le decisioni, non sono necessariamente di tipo penale, ma conducono comunque ad un restringimento della libertà di opinione, per via civile o amministrativa.

A questo, ancora primordiale, inquadramento dei fatti va rapportato l'atteggiamento prudente adottato dalla Commissione EDU nel primo ricorso in tema di negazionismo – non a caso proveniente dalla Germania –, in cui

³⁹⁹ Nonostante la negazione dell'Olocausto sia oggi espressamente punita in Germania ai sensi del § 130 StGB, i giudici hanno talvolta ritenuto che queste dichiarazioni integrino, in concorso formale di reati, anche i §§ 185 e 189 (v., ad esempio, BGH, 12 dicembre 2000, 1 StR 184/00).

⁴⁰⁰ § 3g della *Verbotsgesetz* (la legge del 1947 che mette al bando il nazionalsocialismo).

l'interesse tutelato viene individuato in un bene di attinenza principalmente individuale, quale la "protezione della reputazione altrui"⁴⁰¹.

La vicenda trae origine da una *causa civile di diffamazione*⁴⁰² che, nella sua semplicità, tocca già molti degli aspetti chiave sui quali successivamente sono state articolate le discussioni sul negazionismo. La controversia viene scatenata dall'affissione, sulla bacheca del giardino del ricorrente – un noto membro di un'organizzazione politica di destra –, di una serie di volantini, che descrivevano lo sterminio di milioni di ebrei durante il periodo del Terzo Reich come "una menzogna e un imbroglio sionista". Lamentando il contenuto diffamatorio degli opuscoli, il nipote di una vittima ebrea, assassinata ad Auschwitz, intentò un'azione giudiziaria contro il ricorrente, per ottenere un'ingiunzione volta a vietargli di continuare ad affiggere simili pubblicazioni.

Il procedimento, nell'ambito del quale si sono pronunciati i massimi organi giurisdizionali della Germania ovest, si è concluso nel 1980 con l'accoglimento della domanda e, quindi, con l'interdizione a ripetere affermazioni diffamatorie di quel tipo. La prima delle questioni affrontate dai giudici tedeschi riguarda il *locus standi* dell'attore, contestato in base al rilievo che i volantini non facevano diretto riferimento né a lui, né a suo nonno, scomparso durante il regime nazista. Mentre il Tribunale di Mainz aveva inizialmente affermato la sussistenza della legittimazione ad agire, in quanto l'attore poteva ragionevolmente inferire che le affermazioni diffamatorie mirassero a qualificare anche il destino del suo avo come una menzogna o una truffa sionista, il *Bundesgerichtshof* ha stabilito un principio più ampio, concernente la diffamazione contro gli ebrei⁴⁰³. A causa del "*particolare contesto storico*" che li riguarda, ogni appartenente a tale gruppo,

⁴⁰¹ X. v. *Federal Republic of Germany*, (dec.), 16 luglio 1982, 9235/81, (the law), p. 198.

⁴⁰² Il ricorrente, in un secondo momento, è stato anche condannato per incitamento all'odio (*Volksverhetzung*) ai sensi del § 130 StGB; questa parte del ricorso, tuttavia, è stata ritenuta inammissibile dalla Corte EDU per mancato esaurimento dei ricorsi interni (X. v. *Germany*, cit., (the law), par. 2).

⁴⁰³ Da segnalare che la Corte d'Appello aveva riformato la sentenza di primo grado proprio per mancanza di legittimazione ad agire dell'attore, visto che il volantino non si riferiva a lui né personalmente né come membro del gruppo ebraico.

a prescindere dal suo diretto o indiretto coinvolgimento nella persecuzione nazista, può sentirsi offeso da un attacco al gruppo ebraico in quanto tale; se fosse vissuto qualche decennio prima, infatti, sarebbe stato anch'egli colpito dalle leggi razziali⁴⁰⁴.

Venendo alla libertà di espressione e di ricerca storica, le corti tedesche hanno escluso, innanzitutto, che la Legge fondamentale tuteli le affermazioni non corrispondenti al vero, come quelle *de quibus*. Viene inoltre tracciata una cruciale distinzione tra la *negazione dello sterminio degli ebrei in quanto tale* – che ne disconosce il “destino disumano” durante il Terzo Reich e costituisce di per sé diffamazione di ogni membro del gruppo –, e l'*obiettiva critica storiografica*, costituzionalmente protetta, che può lecitamente contestare anche il numero di vittime. Inquadrandosi la condotta in esame nella prima categoria, non è stato ritenuto necessario procedere all'assunzione di prove sull'accadimento dei crimini nazisti, come invece richiesto dal convenuto, in quanto trattasi di fatti già inequivocabilmente acclarati.

La definitiva soccombenza a livello nazionale schiude la possibilità di ricorrere agli organi di Strasburgo. Davanti alla Commissione EDU, l'istante adduce la violazione dell'art. 10 sulla libertà di espressione e, visto il diniego posto dai giudici tedeschi di assumere prove sull'effettivo verificarsi dell'Olocausto, dell'art. 6 sul giusto processo. Aderendo sostanzialmente alle motivazioni degli organi interni, il ricorso viene dichiarato inammissibile. La Commissione non considera irragionevole la qualificazione del fatto come diffamazione, in quanto giustificata dall'*“inclinazione sottostante ai volantini”*, i quali non solo distorcono i fatti storici di cui si tratta, ma offendono la reputazione di tutti gli ebrei, ritratti come menzogneri, truffatori o, quantomeno, come approfittatori di siffatto “inganno”⁴⁰⁵. L'ingerenza statale nella libertà di espressione, che persegue il legittimo scopo di proteggere la reputazione altrui, supera anche l'ultimo test, consistente nel giudizio di necessità, considerando che gli opuscoli violano chiaramente la tolleranza e lo spirito di apertura, sui quali si fonda una società democratica.

⁴⁰⁴ X. v. Germany, cit., (the facts), pp. 194-196.

⁴⁰⁵ X. v. Germany, cit., (the law), par. 4, p. 198 (corsivo aggiunto nella prima citazione virgolettata).

Grande interesse suscita anche il modo in cui viene affrontata la questione della lamentata disparità di trattamento, che deriverebbe da un *plus* di tutela a favore del gruppo ebraico, rispetto alle vittime di altre atrocità – una dinamica che, come già sostenuto⁴⁰⁶, è alla radice di molti dei problemi sollevati oggi dagli interventi legislativi antinegazionisti –. La Commissione afferma che la protezione dei suddetti principi di tolleranza, qui attuata attraverso un utilizzo in chiave collettiva delle norme sulla diffamazione, risulta particolarmente indicata nei confronti di gruppi che storicamente hanno subito discriminazione. Il fatto che tale *tutela privilegiata* sia limitata solo ad alcuni di questi gruppi – nel caso di specie, a quello ebraico –, non pone problemi di disparità di trattamento *ex art. 14 CEDU*, giacché trattasi di differenziazione basata su ragioni oggettive⁴⁰⁷.

Quanto alla presunta infrazione dei principi del giusto processo, che sarebbe stata cagionata dal rifiuto di assumere prove sull'esistenza dell'Olocausto, la Commissione stabilisce che lo sterminio degli ebrei è un fatto storico comunemente risaputo (*common knowledge*), supportato da innumerevoli riscontri⁴⁰⁸. Gli opuscoli non contestavano il numero di vittime – ciò che sarebbe stato legittimo – ma negavano in radice l'esistenza di un evento storico come tale. Inoltre, conclude la Commissione, la diffamazione differisce dalla calunnia in quanto si sostanzia in un'offesa all'onore, cioè in un giudizio di valore espresso in modo ingiurioso, insuscettibile di essere confutato da un'eventuale veridicità delle affermazioni contestate. I tribunali aditi erano dunque chiamati ad accertarne la capacità diffamatoria, non la corrispondenza al vero.

T. v. Belgium è un altro caso inquadrabile entro questa prima fase di evoluzione giurisprudenziale⁴⁰⁹. Pur avendo ad oggetto una pubblicazione negazionista, esso è incentrato sulla presunta violazione della libertà di espressione ad opera di una legge belga che ne limita in parte l'esercizio da

⁴⁰⁶ P. LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona*, cit., spec. pp. 144-146.

⁴⁰⁷ *X. v. Germany*, cit., (the law), par. 4, p. 198.

⁴⁰⁸ *X. v. Germany*, cit., (the law), par. 5, pp. 198-199.

⁴⁰⁹ *T. v. Belgium*, (dec.), 14 luglio 1983, 9777/82.

parte dei condannati per collaborazionismo col nemico. La brochure incriminata poneva in dubbio il verificarsi dello sterminio dei sei milioni di ebrei, mirando a minimizzare e giustificare le atrocità naziste. L'obiettivo, come identificato dalle corti belghe, consisteva nel convincere i lettori che il regime del Terzo Reich – al quale il ricorrente “ha dedicato la sua vita”⁴¹⁰ – fosse stato ingiustamente calunniato. Il ricorso a Strasburgo nasce da una condanna subita in via definitiva, al termine di un processo instaurato su iniziativa di alcune organizzazioni di sopravvissuti e parenti delle vittime del nazismo.

Tralasciando gli aspetti della decisione (di inammissibilità) non rilevanti in questa sede, ci si limita a far notare un passaggio in cui la Commissione EDU rigetta l'idea che le atrocità di Auschwitz appartengano oramai solamente al campo delle scienze storiche; anzi, si riafferma che le famiglie delle vittime continuano ad avere diritto alla *protezione della memoria dei loro parenti*⁴¹¹. Interessante anche l'inciso successivo, che testimonia come la Commissione stesse prendendo coscienza con preoccupazione della riemersione, nel nostro continente, di istanze di estrema destra; viene osservato infatti che “in termini più generali, gli avvenimenti attuali mostrano che le ideologie anti-democratiche, vicine a quelle che ispirarono le menzionate atrocità, non sono scomparse in Europa”⁴¹².

Vale la pena infine accennare all'ultimo caso – seppur marginale – ascrivibile a questa fase iniziale, deciso a cinque anni di distanza da *T. v. Belgium*. I fatti di causa si avvicinano di più alla categoria dell'antisemitismo, ma sfiorano anche il negazionismo. In *Lowes v. United Kingdom*⁴¹³ la Commissione EDU veniva adita da un detenuto al quale l'amministrazione penitenziaria aveva rifiutato di consegnare un numero particolare di una rivista che egli usava leggere regolarmente. Il diniego veniva motivato facendo riferimento ai contenuti del periodico, ritenuti antisemiti anche in ragione della

⁴¹⁰ *T. v. Belgium*, cit., p. 160.

⁴¹¹ *T. v. Belgium*, cit., p. 164.

⁴¹² *T. v. Belgium*, cit., p. 164.

⁴¹³ *Lowes v. United Kingdom*, (dec.), 9 dicembre 1988, 13214/87.

pubblicizzazione di opere negazioniste al suo interno. Il ricorso viene dichiarato inammissibile, *sulla sola base dell'art. 10*, osservando che, anziché una seria discussione sul sionismo, come sostenuto dal ricorrente, la rivista presentava caratteri antisemiti ed offensivi⁴¹⁴.

Questo primo momento di contatto tra negazionismo ed istituzioni di Strasburgo si caratterizza, dunque, per una visione ancora relativamente limitata del fenomeno, non ancora assimilato al razzismo. Sebbene i ricorrenti gravitassero tutti nell'area dell'estremismo di destra e le manifestazioni negazioniste loro imputate non fossero che una delle attività di propaganda poste in essere nell'ambito di quella collocazione ideologica, la Commissione EDU non ha sentito la necessità di invocare la disposizione di cui all'art. 17⁴¹⁵, che pure era già stata utilizzata, pochi anni prima, per respingere un caso di palese razzismo⁴¹⁶. Le decisioni di inammissibilità sono state piuttosto pronunciate, per manifesta infondatezza del ricorso, dopo aver compiuto l'ordinaria verifica sul rispetto dei requisiti imposti dall'art. 10, comma 2⁴¹⁷. Dalle considerazioni della Commissione sembra, infine, emergere come la *raison d'être* della proibizione del negazionismo venga circoscritta al campo della protezione di beni facenti capo ad individui o gruppi determinati, nei confronti di attacchi alla loro reputazione o ai sentimenti di memoria verso i loro cari.

⁴¹⁴ *Lowes v. United Kingdom*, cit., p. 6.

⁴¹⁵ Autorevole dottrina segnala una serie di altri casi in cui, nonostante ne ricorressero in astratto i presupposti, l'art. 17 è stato ignorato dalla Commissione, durante questa prima fase di sviluppo giurisprudenziale, v. S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable?*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 552-553.

⁴¹⁶ *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, cit.

⁴¹⁷ Ai casi sopra esposti si aggiunga *Felderer c. la Suède*, (dec.), 1 luglio 1985, 11001/84, non pubblicato ma citato da S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne*, cit., nota 66.

5. Seconda fase: l'art. 17 CEDU come adiuvante interpretativo

5.1. Prologo: lo sviluppo della giurisprudenza sulle attività di ispirazione nazista

La fase mediana del cammino giurisprudenziale qui in esame vede la contaminazione delle argomentazioni utilizzate nei casi di negazionismo con quelle elaborate in tema di attività a ispirazione razzista, nazista o totalitaria, alle quali il primo fenomeno viene da questo momento in poi ricondotto. Prima di passare in rassegna le decisioni ad esso più strettamente pertinenti, è necessario, di conseguenza, richiamare brevemente le origini ed i percorsi logico-giuridici della giurisprudenza sulle condotte di tipo (neo)nazista, i cui tratti verranno poi ripresi e ricalcati in numerosi casi di negazionismo.

Il caso *Kühnen v. Germany*⁴¹⁸ – oggetto di copiosi richiami da parte delle pronunce successive – elabora, insieme ad altre decisioni⁴¹⁹, il primo dei due modelli argomentativi destinati a caratterizzare le sentenze emesse nel corso di questa seconda fase. A partire da questo momento, non vi sarà vicenda in tema di negazionismo in cui non venga richiamato l'art. 17.

Il contesto fattuale di *Kühnen* presenta i tipici caratteri delle condotte neonaziste, consistenti in propaganda a sfondo nazionalista e razziale tesa a rifondare un partito nazionalsocialista in Germania. Il ricorrente, condannato

⁴¹⁸ *Kühnen v. Federal Republic of Germany*, (dec.), 12 maggio 1988, 12194/86.

⁴¹⁹ *B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria*, (dec.), 12 ottobre 1989, 12774/87 (caso concernente varie attività naziste e di estremismo nazionalista filo-germanico, che nega cioè la legittimità di una nazione austriaca indipendente, commesse dai ricorrenti – membri di un'organizzazione politica di estrema destra – e comprendenti la pubblicazione di un volantino negazionista; la condanna si è basata sul § 3g della *Verbotsgesetz*. Più spostata in avanti nel tempo, ma sempre appartenente a questo trend, *Ochensberger v. Austria*, (dec.), 2 settembre 1994, 21318/93 (riguardante pubblicazioni incitanti all'odio razziale, alla xenofobia e all'antisemitismo, che glorificavano la razza germanica e negavano la sovranità austriaca, punite in base al citato § 3g della *Verbotsgesetz*; tra di esse ve n'era una di chiara impronta negazionista che giustificava i campi di concentramento, minimizzando le uccisioni ivi avvenute ed attribuendone la colpa alle potenze alleate).

in via definitiva dalle corti interne per propaganda antidemocratica praticata per mezzo di organizzazioni incostituzionali⁴²⁰, chiede il riconoscimento della violazione dei suoi diritti di libera associazione e di espressione.

La Commissione EDU dichiara il ricorso inammissibile, facendo leva sul combinato disposto degli articoli 10 e 17 della CEDU⁴²¹. Osservano innanzitutto i giudici come l'interferenza statale persegua in questo caso uno scopo legittimo, essendo diretta a salvaguardare i valori di libertà, democrazia e dialogo tra i popoli, secondo quanto previsto dall'art. 10, secondo comma.

L'art. 17 fa ingresso nel ragionamento della Commissione quando si passa ad analizzare se la misura restrittiva statale, oltre a perseguire uno scopo legittimo, sia pure *necessaria* in una società democratica – momento *clou* del giudizio di Strasburgo –. Viene precisato che la clausola dell'abuso del diritto funge ad escludere che individui o gruppi possano giovare dei diritti protetti dalla CEDU per porre in essere attività che abbiano il fine di distruggerli o limitarne l'esercizio. Anche i diritti di cui all'art. 10, dunque, “non possono venire invocati in un senso contrario all'art. 17”⁴²². Dato che le pubblicazioni in questione, sostenendo gli ideali del nazionalsocialismo, miravano a compromettere il sistema di base di democrazia e libertà, e poiché si configuravano come idonee a riaccendere sentimenti di antisemitismo, esse si pongono in contrasto con i *valori fondamentali sottostanti alla Convenzione*⁴²³. Di conseguenza, la Commissione conclude che il ricorrente sta cercando di utilizzare le garanzie di cui all'art. 10 come base per attività

⁴²⁰ § 86 StGB il quale vieta la disseminazione di propaganda per mezzo di organizzazioni incostituzionali (*mittels verfassungswidriger Organisationen*) nei casi in cui tali pubblicazioni siano dirette contro l'ordinamento fondamentale di libertà e democrazia o il concetto di dialogo tra i popoli (*gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung gerichtet*).

⁴²¹ *Kühnen v. Germany*, cit., (the law), par. 1, pp. 5-6.

⁴²² *Kühnen v. Germany*, cit., (the law), par. 1, p. 6.

⁴²³ *Kühnen v. Germany*, cit., (the law), par. 1, p. 6. Cfr. H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, pp. 59-60, i quali sostengono che in *Kühnen* la Corte abbia allargato il campo d'applicazione dell'art. 17, estendendone i confini ad ogni attività in contrasto con i valori sottesi alla Convenzione.

contrarie “al testo e allo spirito” della CEDU⁴²⁴; l’interferenza *de qua* è dunque ritenuta necessaria in una società democratica.

Questo gruppo di decisioni vertenti sulle attività naziste – lo si è anticipato – forma l’alveo concettuale dal quale si dirama la matrice argomentativa utilizzata in un consistente numero di decisioni sul negazionismo⁴²⁵. Tale trasmutazione di *topoi* giuridici è stata certamente facilitata dalla vicinanza fattuale – se non addirittura dall’“osmosi” – tra la propaganda negazionista e le attività più genericamente riconducibili agli ideali nazisti o totalitari di cui spesso la prima fa parte integrante.

È interessante notare che in questi casi, come già sottolineato, l’art. 17 entra a far parte del giudizio di bilanciamento previsto dall’art. 10 ma – almeno formalmente – non lo annichilisce, come avverrà invece nell’ultima fase evolutiva. Esso assume cioè la funzione di circostanza, di notevole peso, da bilanciare con altri elementi fattuali; non si presenta, invece, come precondizione assoluta di ammissibilità, che opererebbe escludendo *ratione materiae* determinati discorsi dalla protezione offerta alla libertà di espressione *ex art. 10*.

Inoltre, le decisioni rientranti in questo stadio intermedio di sviluppo – tutte riguardanti atti posti in essere in Stati fortemente coinvolti nell’esperienza del nazismo – fanno un significativo riferimento, nel rinvenire la “necessità” delle proibizioni nazionali, al *passato storico* che ha fatto da sfondo alla stessa redazione della Convenzione, ed incarna quello “spirito” più volte invocato in concomitanza con la chiamata in causa dell’art. 17⁴²⁶. Il contesto storico ha

⁴²⁴ *Kühnen v. Germany*, cit., (the law), par. 1, p. 6.

⁴²⁵ Anche C. CARUSO, *Ai confini dell’abuso del diritto: l’hate speech nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo*, Torino, 2011, p. 346, fa risalire a queste sentenze l’origine dell’esclusione categorica delle espressioni negazioniste dall’ambito di protezione della CEDU.

⁴²⁶ *Kühnen v. Germany*, cit., (the law), par. 1, p. 6; *Ochensberger v. Austria*, cit., (the law), par. 1, p. 6 (“the applicant is essentially seeking to use the freedom of information enshrined in Article 10 (Art. 10) of the Convention as a basis for activities which are contrary to *the text and spirit* of the Convention”, corsivo aggiunto).

svolto anche un'altra funzione essenziale: la Commissione vi si è richiamata per giustificare, con specifico riferimento al blocco sociale dello Stato di volta in volta resistente, il trattamento differenziato (in senso deteriore) delle attività naziste rispetto a quelle di altri gruppi politici⁴²⁷.

Un altro aspetto di rilievo evidenziato da una di queste decisioni – che sarà al centro di controversie future – tocca il diritto ad un giusto processo. Molti ricorrenti ne hanno dedotto la violazione, stante il rifiuto delle corti nazionali di assumere prove (specialmente consulenze storiografiche) sull'effettivo accadimento dei fatti storici negati o minimizzati, come l'esatto ammontare delle vittime ebrei o l'utilizzo di camere a gas. La Commissione ha invece costantemente avallato il ragionamento delle corti interne secondo cui tali eventi rientrano nella categoria dei fatti notori (*offenkundig*) e non abbisognano perciò di alcuna dimostrazione nel corso del giudizio⁴²⁸.

5.2. Le due varianti di intervento dell'art. 17 CEDU: argomento *ad adiuvandum* e argomento (apparentemente) *ad abundantiam*

Questa seconda fase, che si estende per una buona parte degli anni '90, comprende una decina di casi sul negazionismo, per la stragrande maggioranza aventi origine in Austria e Germania, tutti terminati con una pronuncia di inammissibilità del ricorso⁴²⁹. L'elemento caratterizzante è dato

⁴²⁷ *B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria*, cit., (the law), par. 2, p. 5; *Ochensberger v. Austria*, cit., (the law), par. 1, pp. 5-6.

⁴²⁸ *Ochensberger v. Austria*, cit., (the law), par. 2, p. 7.

⁴²⁹ *F. P. v. Germany*, (dec.), 29 marzo 1993, 19459/92; *Walendy v. Germany*, (dec.), 11 gennaio 1995, 21128/92; *Remer v. Germany*, (dec.), 6 settembre 1995, 25096/94; *Honsik v. Austria*, (dec.), 18 ottobre 1995, 25062/94; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Germany*, (dec.), 29 novembre 1995, 25992/94; *Rebhandl v. Austria*, (dec.), 16 gennaio 1996, 24398/94; *Pierre Marais v. France*, (dec.), 24 giugno 1996, 31159/96; *D. I. v. Germany*, (dec.), 26 giugno 1996, 26551/95; *Hennicke v. Germany*, (dec.), 21 maggio 1997, 34889/97; *Nachtmann v. Austria*, (dec.), 9 settembre 1998, 36773/97; *Witzsch v. Germany (I)*, (dec.), 20 aprile 1999, 41448/98. Una descrizione di molte di queste decisioni è offerta in G. COHEN-JONATHAN, *Négationnisme et droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1997, spec. pp. 573-585.

dall'utilizzo dell'art. 17 – in una versione definita come “dolce”⁴³⁰ – nella veste di fattore rilevante all'interno del giudizio di bilanciamento volto ad accertare se la misura restrittiva sia stata conforme alla Convenzione, se abbia cioè rispettato i parametri della necessità in una società democratica e della proporzionalità rispetto agli scopi perseguiti. Come si vedrà, in una prima variante tale norma sembra costituire un *veicolo portatore di determinati interessi* che, invariabilmente, finiscono per prevalere (“outweigh”) su quelli ad esso contrapposti, fondati sulla libera manifestazione del pensiero. In una seconda variante, in cui il filo del discorso non sempre si distingue per rigore logico, l'art. 17 pare invece assumere la valenza di *argomento apparentemente ad abundantiam* (e non più *ad adiuvandum*), aggiunto al ragionamento in un momento in cui la necessità e la proporzionalità dell'ingerenza statale sono già state dimostrate per altre vie⁴³¹.

Un ulteriore indice di novità è costituito dal fatto che, a differenza dei casi precedenti, in cui le condotte negazioniste venivano sanzionate attraverso disposizioni di portata più generale sulla diffamazione o sul divieto di compiere attività naziste o propaganda antidemocratica, le istituzioni di Strasburgo si sono trovate anche a vagliare la compatibilità con la CEDU di

⁴³⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne*, cit., p. 551.

⁴³¹ In dottrina non si distingue invece tra queste due varianti argomentative all'interno della seconda fase: S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne*, cit., pp. 553-555, considera l'art. 17, in tutti questi casi, un “*arrière-fond interprétatif superflu*”, cioè un adiuvante interpretativo di dubbia utilità. Sembrerebbe invece che queste considerazioni si addicano meglio alla seconda variante di questa fase, quella in cui l'art. 17 funge da argomento *ad abundantiam*. Piuttosto, ci si trova d'accordo con H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause*, cit., pp. 67-68, che ritiene meramente formale, in questi casi di applicazione congiunta degli artt. 10 e 17, il richiamo al giudizio di bilanciamento *ex art. 10*, visto che la Corte comunque procede con le stesse modalità di accertamento adottate nei casi di utilizzazione autonoma dell'art. 17, vale a dire senza esaminare gli elementi di contesto in maniera approfondita, attenendosi acriticamente agli apprezzamenti svolti dagli organi nazionali. V., altresì, A. TERRASI, *sub art. 17*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 578, che parla al riguardo di “efficacia assorbente” dell'art. 17 rispetto alla valutazione su necessità e proporzionalità dell'ingerenza statale.

precetti penali *specificamente* diretti a proibire la negazione o la giustificazione dell'Olocausto. A questo riguardo, gli obiettivi perseguiti da queste disposizioni sono stati identificati con la difesa dell'ordine, la prevenzione dei reati e la protezione della reputazione o dei diritti altrui. Di estrema importanza, in questa analisi delle ragioni addotte dalla Commissione EDU per giustificare le restrizioni alla libertà di espressione, il frequente riferimento alla "pacifica coesistenza della popolazione" all'interno dello Stato resistente, fatto in relazione alla chiamata in causa dell'art. 17.

5.3. Dal razzismo al negazionismo: prime applicazioni dei principi di *Kühnen* alla contestazione di fatti storici

Il primo caso trae origine dalla sanzione disciplinare disposta contro un ufficiale resosi colpevole di aver pronunciato frasi riconducibili al negazionismo, alla presenza di altri militari, in occasione di una festa privata⁴³². Egli aveva sostenuto che l'Olocausto fosse una menzogna sionista facente parte di un più ampio disegno per screditare la Germania. Secondo l'ufficiale, varie prove dello sterminio nazista degli ebrei sarebbero state falsificate, incluse quelle su alcuni campi di concentramento, tra cui Auschwitz, la cui costruzione risalirebbe al dopoguerra; gli atti di crudeltà commessi nei campi effettivamente esistenti, invece, sarebbero da attribuire ai comunisti⁴³³.

Il processo interno si era concluso con la rimozione del militare per aver infranto alcune disposizioni della *Soldatengesetz* che proibivano ai soldati di appoggiare obiettivi che ponessero in pericolo l'ordine democratico e di compiere atti dannosi per la reputazione delle forze armate. Secondo i giudici tedeschi, i limiti della libertà di manifestazione del pensiero erano stati travalicati in quanto, per mezzo della contestazione di fatti storici, l'ufficiale aveva tentato di mondare il nazismo dalle colpe dello sterminio di massa.

⁴³² *F. P. v. Germany*, cit.

⁴³³ *F. P. v. Germany*, cit., (the facts), pp. 1-2.

Avrebbe così compiuto una discriminazione a danno degli ebrei, i quali godono di un *diritto* a che tali eventi storici non siano messi in discussione⁴³⁴. Per valutare la proporzionalità e la necessità dell'interferenza con i diritti riconosciuti dagli artt. 9 e 10 CEDU, la Commissione fa riferimento – per la prima volta in una controversia prettamente negazionista – all'art. 17, che impedisce di derivare dalla Convenzione un diritto ad intraprendere attività dirette alla distruzione o limitazione di alcuna delle libertà garantite dalla CEDU. In una decisione caratterizzata da motivazioni piuttosto scarse, l'organo di Strasburgo si limita ad aderire alle considerazioni delle corti tedesche, osservando che la negazione di fatti storici finalizzata a redimere il regime totalitario nazista dalla macchia dell'Olocausto si inquadra nell'ambito dei discorsi razzisti, essendo discriminatoria verso gli ebrei⁴³⁵. Richiamando *Kühnen v. Germany*, la Commissione conclude che non sussiste violazione della libertà di espressione, essendo l'ingerenza necessaria in una società democratica.

Altrettanto stringata è la motivazione in *Walendy v. Germany*, che coincide largamente con quella offerta nel caso appena descritto. Più interessanti, invece, sono le vicende del procedimento a livello nazionale, che rappresentano un esempio del contrasto giurisprudenziale generato dal tentativo di sanzionare le condotte negazioniste anche in assenza di un espresso divieto, riconducendole alle fattispecie penali esistenti. Saranno queste difficoltà applicative a portare il legislatore tedesco, nel 1994, ad introdurre una figura criminosa specificamente tesa a proibire il negazionismo.

Il ricorrente lamenta il sequestro del numero della rivista “Historische Tatsachen”, da lui diretta, in cui veniva pubblicato il resoconto della sua esperienza come consulente tecnico nel celebre processo canadese contro il negazionista Ernst Zündel⁴³⁶. In un suo editoriale si opinava che, in base agli

⁴³⁴ *F. P. v. Germany*, cit., (the facts), p. 2.

⁴³⁵ *F. P. v. Germany*, cit., (the law), p. 4.

⁴³⁶ *R. v. Zündel* [1992] 2 RCS 731, in cui la Corte Suprema canadese dichiara incostituzionale la fattispecie di diffusione di notizie false. V. *supra*, nota 51, per i relativi riferimenti bibliografici.

studi da lui compiuti e ai sopralluoghi effettuati in tre campi di concentramento, i resti dei siti visitati non sembrassero idonei ad un'utilizzazione come forni crematori o camere a gas; le installazioni visionate sarebbero strutturalmente incompatibili, a suo dire, con le comuni stime sul numero delle vittime⁴³⁷.

Il tribunale accorda inizialmente la richiesta di sequestro presentata dalla procura, in quanto l'interessato era indagato per ingiuria (*Beleidigung* ex § 185, StGB) per aver fatto proprie le affermazioni negazioniste contenute nella suddetta pubblicazione. Tuttavia, qualche mese più tardi, respinge la richiesta di rinvio a giudizio e dispone il dissequestro del materiale, distinguendo tra una discussione sulla corretta versione storica dei fatti e l'insulto contro la dignità umana degli ebrei. Per quanto moralmente e politicamente riprovevole, le espressioni di cui si tratta non costituirebbero, considerate nella loro formulazione oggettiva, discriminazione contro un determinato gruppo di individui⁴³⁸.

Il verdetto viene successivamente ribaltato in appello in virtù di una diversa interpretazione dei fatti, poiché le affermazioni contestate si sarebbero spinte al di là della presentazione di una diversa opinione storica. Malgrado la rivista apparentemente trattasse del processo a Zündel, infatti, emergerebbe chiaramente, leggendo tra le righe di un resoconto che risulta completamente fazioso, lo *scopo reale* dell'imputato, cioè la negazione dell'Olocausto. I giudici d'appello osservano altresì che gli ebrei, in ragione del trattamento disumano subito dal loro popolo, hanno diritto ad esigere uno *speciale* rispetto da parte dei loro concittadini. La negazione del massacro subito, dunque, va considerata come la perpetuazione delle precedenti discriminazioni e, di conseguenza, come un'offesa alla loro dignità⁴³⁹.

Come anticipato, il ricorso presso le istituzioni di Strasburgo è stato rigettato perchè inammissibile, visto che l'interferenza è stata giudicata necessaria in una società democratica e proporzionale agli scopi perseguiti, sulla base di un bilanciamento fondato sull'art. 17. La Commissione EDU non ha rilevato

⁴³⁷ *Walendy v. Germany*, cit., (the facts), p. 2.

⁴³⁸ *Walendy v. Germany*, cit., (the facts), p. 2.

⁴³⁹ *Walendy v. Germany*, cit., (the facts), p. 4.

alcuna arbitrarietà nel sillogismo, adottato dalle corti tedesche, secondo cui la negazione dell'Olocausto costituisce ingiuria contro il popolo ebreo e, nel contempo, la perpetuazione della discriminazione contro di esso⁴⁴⁰.

5.4. Il lato “A” dell’art. 17 CEDU: veicolo dell’interesse alla pacifica convivenza tra popoli

Remer v. Germany fornisce un tipico esempio di propaganda negazionista e può essere assunto come paradigma delle argomentazioni caratterizzanti la variante principale in cui l’art. 17 viene utilizzato in questa fase evolutiva della giurisprudenza della Commissione EDU. Il ricorrente, un generale dell’esercito in pensione, viene condannato per incitamento all’odio (*Volksverhetzung* ex § 130 StGB) e istigazione all’odio razziale (*Aufstachelung zum Rassenhaß* ex § 131 StGB), per aver scritto e distribuito articoli in cui suggeriva che le camere a gas non sarebbero mai esistite, enfatizzando i propri sforzi per combattere le asserite menzogne concernenti l’utilizzo del gas per sterminare gli ebrei. Il generale criticava altresì il trattamento riservato dal governo tedesco ai richiedenti asilo, agli zingari e agli spacciatori, ritenuto privilegiato⁴⁴¹.

Le corti interne motivano la condanna facendo notare che lo scopo perseguito dall’imputato non era solo quello di aprire un dibattito su un certo tema, ma di istigare all’odio contro gli ebrei, ritratti come individui particolarmente ripugnanti, come si deduce dall’addebito che viene loro mosso, consistente nell’aver inventato le suddette menzogne al fine di estorcere denaro al governo tedesco. Le richieste di assumere prove sull’esistenza delle camere a gas vengono tutte rigettate adducendo che si tratta di fatti di comune conoscenza (*offenkundig*)⁴⁴².

Nel valutare la necessità dell’interferenza con la libertà d’espressione, la Commissione EDU richiama ancora l’art. 17, stavolta mettendolo in *diretta relazione* con lo scopo di preservare la *pacifica coesistenza della popolazione*

⁴⁴⁰ *Walendy v. Germany*, cit., (the law), p. 6.

⁴⁴¹ *Remer v. Germany*, cit., (the facts), par. A, p. 1.

⁴⁴² *Remer v. Germany*, cit., (the facts), par. A, pp. 2-3.

in Germania, che sarebbe perseguito dalle fattispecie criminosi per le quali il ricorrente è stato condannato. Dopo aver fatto proprie le considerazioni delle corti interne, i giudici di Strasburgo stabiliscono che le pubblicazioni *de quibus* si pongono in contrasto con alcune delle idee che stanno alla base della Convenzione, come espresse nel suo Preambolo, cioè la pace e la giustizia. Inoltre, queste espressioni sottendono una discriminazione razziale e religiosa⁴⁴³. La Commissione conclude che l'interesse pubblico alla prevenzione del crimine e del disordine in Germania e quello alla protezione della reputazione altrui *prevalgono* sulla libertà individuale di pubblicare scritti che negano l'esistenza delle camere a gas e accusano gli ebrei di estorsione⁴⁴⁴. Quanto alla lagnanza fondata sulla mancata assunzione di prove, la Commissione rileva l'assenza di speciali circostanze che conducano a ritenere la scelta delle corti interne contraria ai principi del giusto processo⁴⁴⁵.

Il modello elaborato in quest'ultimo caso viene fedelmente seguito in una serie di controversie successive. In *Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Germany*, un Comune bavarese, ricevuta notizia della volontà del ricorrente (un partito politico di estrema destra) di organizzare un incontro al quale avrebbe partecipato il noto negazionista David Irving, aveva imposto varie prescrizioni da rispettare nel corso della riunione, volte a prevenire la commissione – considerata altrimenti probabile – dei reati di incitamento all'odio o vilipendio alla memoria dei defunti⁴⁴⁶.

Ritenendo che le figure criminosi richiamate proteggessero l'interesse alla pacifica coesistenza della popolazione in Germania, la Commissione EDU ha condotto la valutazione della necessità dell'interferenza con la libertà di espressione tenendo in considerazione anche l'art. 17⁴⁴⁷. Venendo alle circostanze del caso concreto, l'organo di Strasburgo ha ribadito che la negazione o la messa in discussione della persecuzione patita dagli ebrei durante il regime nazista è in contraddizione con le idee alla base della

⁴⁴³ *Remer v. Germany*, cit., (the law), par. 1, p. 5.

⁴⁴⁴ *Remer v. Germany*, cit., (the law), par. 1, pp. 5-6.

⁴⁴⁵ *Remer v. Germany*, cit., (the law), par. 3, pp. 7-8.

⁴⁴⁶ *Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Germany*, cit., (the facts), pp. 1-2.

⁴⁴⁷ *Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Germany*, cit., (the law), p. 4.

Convenzione, cioè pace e giustizia. La libertà di tenere una manifestazione senza le garanzie imposte dal Comune è stata così dichiarata soccombente rispetto ad altri due interessi: quello alla prevenzione del crimine e del disordine in Germania e quello a proteggere la reputazione degli ebrei⁴⁴⁸.

Questo archetipo viene seguito in altri tre casi, ai quali basterà accennare brevemente, visto che la Commissione dichiara entrambi inammissibili rifacendosi completamente alla matrice argomentativa appena esaminata⁴⁴⁹.

Le circostanze di fatto in *Rebhandl v. Austria* rientrano nella categoria delle espressioni, qualificate come attività naziste ai sensi del § 3g della *Verbotsgesetz* austriaca, che contestano il carattere illegale dell'annessione dell'Austria da parte della Germania nazista, l'esistenza dei campi di concentramento tedeschi e la giustificazione legale dei processi di Norimberga al fine di minimizzare le responsabilità attribuite alla Germania, la quale sarebbe invece vittima di una guerra finanziaria ed economica portata avanti dagli ebrei⁴⁵⁰. Come di consueto, la difesa tenta durante il processo di ottenere l'ammissione di prove tese a stabilire la verità delle affermazioni contestate. È interessante notare che nel frattempo era stato introdotto in Austria un espresso divieto di negare o giustificare il genocidio e gli altri crimini contro l'umanità nazisti, disposizione qui utilizzata anche per declinare le richieste probatorie difensive⁴⁵¹. Nel rigettare il ricorso dell'imputato, infatti, la Corte Suprema austriaca stabilisce che tali fatti costituiscono ora, *ex lege*, eventi che non richiedono nessuna prova ulteriore⁴⁵². Se questa pronuncia non cambia nel merito quanto fino a quel momento ritenuto consolidato – cioè che i crimini nazisti contro gli ebrei non necessitano di essere provati in giudizio, in quanto qualificati come fatti notori –, essa ammette che la categoria del notorio, la cui progressiva articolazione era finora spettata alla giurisprudenza, possa venire integrata anche dal legislatore.

⁴⁴⁸ *Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Germany*, cit., (the law), p. 5.

⁴⁴⁹ *Rebhandl v. Austria*, cit., (the law), par. 3, pp. 7-8; *D. I. v. Germany*, cit., (the law), par. 2, pp. 3-4.

⁴⁵⁰ *Rebhandl v. Austria*, cit., (the facts), par. A, p. 2.

⁴⁵¹ § 3h della *Verbotsgesetz*, entrato in vigore nel marzo 1992.

⁴⁵² *Rebhandl v. Austria*, cit., (the facts), par. A, p. 3.

Il secondo caso riguarda il celebre negazionista David Irving, condannato in Germania per ingiuria (*Beleidigung*) e vilipendio alla memoria dei defunti (*Verunglimpfung des Andenkens Versorbener*) a causa delle sue affermazioni sull'inesistenza delle camere a gas ad Auschwitz⁴⁵³. Con una terminologia che verrà adottata in seguito anche dalla Corte EDU, i giudici tedeschi declinano l'assunzione di prove sui crimini nazisti poiché tali eventi sono fatti storici chiaramente stabiliti (*eindeutig feststehende historische Tatsache*), di comune conoscenza (*offenkundig*), che come tali non necessitano di alcuna ulteriore prova⁴⁵⁴.

L'ultima vicenda, infine, concerne la distribuzione di volantini che promuovevano teorie sulla superiorità razziale e che contenevano dichiarazioni negazioniste e di odio verso gli ebrei. Anche in questo caso, l'art. 17, messo in relazione con lo scopo di assicurare la pacifica coesistenza della popolazione in Germania, viene utilizzato come strumento di misura della necessità dell'ingerenza statale⁴⁵⁵.

5.5. Il lato “B” dell’art. 17 CEDU: clausola di stile o cavallo di Troia?

Come anticipato, in parallelo a quelle appena esaminate, si registrano decisioni in cui la funzione attribuita all'art. 17 risulta ambigua. Sebbene formalmente inserito nel giudizio di bilanciamento implicato dall'art. 10, esso sembra precorrere il ruolo che gli verrà riconosciuto successivamente, cioè quello di escludere *tout court* certi tipi di espressioni dall'ombrello protettivo della CEDU (l'effetto ghigliottina). Inizia a prendere forma qui, dunque, quello statuto d'eccezione che disegna un'area tematica da cui la libertà di manifestazione del pensiero, come sancita dalla Convenzione, viene lasciata fuori.

Quella in *Honsik v. Austria* – una classica vicenda di negazione delle camere a gas – è una delle decisioni ascrivibile al presente orientamento. La

⁴⁵³ *D. I. v. Germany*, cit., (the facts), p. 1.

⁴⁵⁴ *D. I. v. Germany*, cit., (the facts), p. 2.

⁴⁵⁵ *Hennicke v. Germany*, cit., (the law), p. 3.

Commissione fa riferimento ai precedenti secondo cui il divieto di attività naziste può considerarsi legittimo in Austria e, in ragione delle circostanze storiche che fecero da sfondo alla creazione del sistema CEDU, necessario in una società democratica nell'interesse della sicurezza nazionale e della prevenzione dei reati. A questo punto, nonostante possa apparire già dimostrata la necessità dell'interferenza, la Commissione chiama invece in causa la disposizione sull'abuso del diritto, deducendone che l'art. 10 non può essere invocato in senso contrario all'art. 17⁴⁵⁶.

Applicando questi principi ai fatti di causa, i giudici stabiliscono che le espressioni di cui si tratta – parziali, faziose e lontane da ogni obiettività scientifica – sono antitetiche rispetto ai valori fondamentali di pace e giustizia sottesi alla Convenzione e riflettono discriminazione razziale e religiosa. Così, siccome il ricorrente sta tentando di utilizzare le garanzie di cui all'art. 10 per intraprendere delle attività in contrasto con il testo e lo spirito della CEDU, egli non può far valere i diritti sanciti dall'art. 10⁴⁵⁷.

La struttura della decisione, in coerenza con i caratteri della seconda fase della giurisprudenza di Strasburgo sul negazionismo, resta dunque modellata sul giudizio “flessibile” imposto dall'art. 10, nel quale l'art. 17 sembra entrare come mero portatore di determinati interessi – in questo caso, escludere che attività di stampo nazista beneficino della protezione della Convenzione –. In realtà, il modo in cui la Commissione respinge il ricorso, sostenendo cioè che l'art. 17 limita il campo d'applicazione dell'art. 10, pare più coerente con un utilizzo autonomo della disposizione sull'abuso del diritto – ciò che avverrà nella successiva fase di sviluppo giurisprudenziale.

Le stesse motivazioni vengono utilizzate per dichiarare inammissibile il primo ricorso proveniente da un paese diverso da Austria e Germania; si tratta della Francia che dal 1990, per mezzo della *loi Gayssot*, sanziona espressamente le condotte di negazione dei crimini nazisti⁴⁵⁸. Il ricorrente era stato condannato

⁴⁵⁶ *Honsik v. Austria*, cit., (the law), par. 1, pp. 5-6.

⁴⁵⁷ *Honsik v. Austria*, cit., (the law), par. 1, p. 6.

⁴⁵⁸ Art. 24 *bis* della legge sulla libertà di stampa del 29 luglio 1881, come emendata dalla legge n. 90-615 del 13 luglio 1990. Esso punisce chiunque contesta l'esistenza di uno o più crimini contro l'umanità come definiti dall'art. 6 dello Statuto del Tribunale militare

per aver pubblicato un articolo che, secondo le corti interne, aveva messo in dubbio la fattibilità tecnica delle camere a gas e, di conseguenza, la loro reale esistenza, andando così contro quanto stabilito dal Tribunale di Norimberga⁴⁵⁹. La Commissione EDU ha osservato come la legge in questione mirasse ad assicurare la pacifica coesistenza della popolazione francese; per questo, nel valutare la necessità dell'interferenza, ha voluto richiamare anche l'art. 17⁴⁶⁰. Considerando che le espressioni del ricorrente, lungi dal rappresentare una dimostrazione di natura scientifica, avevano come reale scopo quello di negare l'esistenza delle camere a gas, esse – affermano i giudici – si pongono in contrasto con i valori fondamentali di pace e giustizia. Tali attività vanno contro il testo e lo spirito della Convenzione e la loro restrizione va perciò considerata necessaria in una società democratica⁴⁶¹.

Il test di bilanciamento previsto dall'art. 10 viene snaturato allo stesso modo anche in *Nachtmann v. Austria*, un caso di minimizzazione del numero delle vittime dello sterminio nazista⁴⁶². A differenza del caso precedente, tuttavia, l'art. 17 sembra essere stato posto in diretta relazione, come già fatto precedentemente, con il “passato storico che fa da immediato sfondo alla Convenzione”⁴⁶³, anziché con l'interesse a garantire la pacifica coesistenza della popolazione. Anche qui, inoltre, emerge la *totale sovrapposizione* – nel caso di specie non supportata da particolari accertamenti fattuali – tra espressioni negazioniste ed attività naziste, che si riflette nella scelta della Commissione EDU di giustificare l'applicazione dell'art. 17 senza fare riferimento specifico ai discorsi negazionisti, ma sostenendo che “il nazismo è una dottrina totalitaria incompatibile con la democrazia e i diritti umani, e i

internazionale di Norimberga e commessi o dai membri di un'organizzazione dichiarata criminale ex art. 9 del menzionato Statuto (in sostanza, i nazisti) o da una persona condannata per tali crimini da una corte francese o internazionale.

⁴⁵⁹ *Pierre Marais v. France*, cit., (the facts), par. A, p. 186.

⁴⁶⁰ *Pierre Marais v. France*, cit., (the law), par. 1, p. 190.

⁴⁶¹ *Pierre Marais v. France*, cit., (the law), par. 1, p. 190.

⁴⁶² *Nachtmann v. Austria*, cit.

⁴⁶³ *Nachtmann v. Austria*, cit., (the law), par. 2, p. 5 (richiamando in nota *B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria*, cit.).

suoi aderenti senza dubbio perseguono finalità del tipo indicato nell'art. 17⁴⁶⁴.

Occorre sottolineare che questo tipo di argomentazione, che crea delle aree sottratte ai principi generali sulla libertà d'espressione, affonda le sue radici nel gruppo di casi prima descritto, capeggiato da *Kühnen v. Germany*, in cui il contesto fattuale consisteva in attività propriamente ed inequivocabilmente naziste. Sorto per impedire alle ideologie totalitarie di sfruttare i diritti garantiti dalla CEDU, lo strumento dell'abuso del diritto è dunque gradualmente transitato nell'ambito dei discorsi negazionisti, dove ha finito per essere invocato indipendentemente da una loro qualificazione come espressioni antidemocratiche.

Il canale di comunicazione tra queste due casistiche, attività naziste ed espressioni negazioniste, affiora con ulteriore chiarezza in un ricorso vertente sul primo tipo di condotte, in cui la condanna riguarda il reato di promozione o direzione di gruppi aventi lo scopo di mettere in pericolo l'ordine pubblico o l'indipendenza della nazione attraverso atti ispirati all'ideologia nazista⁴⁶⁵. In coerenza con la precedente giurisprudenza, la Corte EDU (nel frattempo fusasi con la Commissione in un unico organo) si è richiamata al contesto storico in cui venne redatta la Convenzione, ribadendo come le condotte naziste siano incompatibili con democrazia e diritti umani, per giungere alla conclusione che, in virtù dell'art. 17, la restrizione alla libertà di espressione si presenta come necessaria ai sensi dell'art. 10⁴⁶⁶. Lo stesso modello argomentativo, in sostanza, viene utilizzato indifferentemente per attività naziste e negazionismo, visto che quest'ultimo è considerato *di per sé* – cioè senza che occorranو specifici ed ulteriori accertamenti di fatto – una manifestazione delle prime.

⁴⁶⁴ *Nachtmann v. Austria*, cit., (the law), par. 2, pp. 5-6.

⁴⁶⁵ *Schimanek v. Austria*, (dec.), 1 febbraio 2000, 32307/96 (la condotta, caratterizzata da particolare gravità, come testimonia la condanna ad otto anni di reclusione, consiste nella creazione di un gruppo coinvolto in attività di ispirazione nazista comprendenti esercitazioni paramilitari e, collateralmente, propaganda negazionista).

⁴⁶⁶ *Schimanek v. Austria*, cit., (the law), par. 2(c), pp. 7-8.

6. Terza fase: l'esclusione categorica dalla protezione convenzionale

Si è visto come, nella seconda fase, la struttura del giudizio di bilanciamento previsto per valutare le interferenze statali incidenti sulla libertà di espressione non sia stata, almeno formalmente, intaccata dall'ingresso dell'art. 17 nel ragionamento. Quest'ultimo, dall'analisi delle decisioni citate, è parso svolgere due ruoli alternativi: da un lato, si è posto come portatore di un interesse – spesso identificato nella protezione della pacifica coesistenza della popolazione – che faceva ingresso in un (almeno dichiarato) giudizio di bilanciamento in cui risultava invariabilmente prevalente; dall'altro, ha rappresentato lo strumento per dichiarare *automaticamente*, in virtù delle circostanze storiche sottostanti l'istituzione della CEDU, la legittimità delle limitazioni alle attività di ispirazione nazista, tra cui vengono fatti rientrare i discorsi negazionisti.

Questa seconda variante sulla funzione dell'art. 17 costituisce l'antecedente concettuale della terza fase di evoluzione della giurisprudenza sul negazionismo, nella quale emerge nitidamente il regime derogatorio che la Corte EDU applica a queste espressioni⁴⁶⁷. Se pur è vero che già in precedenza non era rimasto che un simulacro di giudizio di bilanciamento *ex art. 10*, a partire dalla fondamentale sentenza in *Lehideux v. France* questo velo viene squarciato e la Corte inaugura un ciclo di decisioni in cui l'art. 17 serve a rimuovere a monte determinate opinioni dall'ordinaria protezione della Convenzione. Si vedrà, tuttavia, come tuttora permanga una certa duplicità (ed ambiguità) sul ruolo dell'art. 17.

⁴⁶⁷ Una decisione che può essere considerata il “ponte” tra la seconda e la terza fase è *Witzsch v. Germany (I)*, cit. Nonostante intervenga dopo che *Lehideux v. France* aveva dato avvio al terzo stadio, infatti, essa segue il percorso argomentativo basato sull'iterazione degli artt. 10 e 17, pur richiamando il principio stabilito in *Lehideux* (che formalmente però non segue) secondo cui la negazione dei fatti storici chiaramente stabiliti non gode della protezione dell'art. 10.

6.1. *Lehideux and Isorni v. France*: l'introduzione della categoria dei “fatti storici chiaramente stabiliti”

Il caso che maggiormente influenzerà la giurisprudenza sul negazionismo – oggetto di numerose citazioni anche da parte di altre decisioni sulla libertà di espressione – non riguarda, curiosamente, condotte tipicamente negazioniste. Decisa dalla Grande Camera con una maggioranza di 15-6, la controversia trae origine dalla pubblicazione sul quotidiano francese *Le Monde* di un annuncio a pagamento a tutta pagina che, sotto la dicitura “Publicité”, ricapitolava la vita del maresciallo Philippe Pétain – leader del governo di Vichy dal 1940, successivamente condannato a morte per collaborazione col nemico nel 1945 – presentandone positivamente le azioni di militare e capo di Stato⁴⁶⁸.

Il primo ricorrente, ministro dell'industria nel governo Pétain, è il presidente dell'Associazione per la difesa della memoria del maresciallo, alla quale i lettori venivano invitati a scrivere; il secondo, avvocato difensore di Pétain nel processo del 1945, è l'autore del messaggio pubblicitario⁴⁶⁹. Il contestato annuncio dava un'interpretazione positiva della carriera militare e politica dell'ex capo di Stato, ripercorsa per mezzo di varie asserzioni intervallate dalla scritta “Francesi, avete la memoria corta – se avete scordato che...”. In particolare, con riferimento alla collaborazione con i tedeschi, la pubblicazione accreditava la “teoria del doppio gioco”, secondo la quale Pétain, in parallelo agli incontri con Hitler, stava segretamente negoziando con gli alleati le condizioni che permisero poi alla Francia, che pur non figurava tra i vincitori del conflitto mondiale, di mantenere intatto il suo assetto territoriale⁴⁷⁰.

Il procedimento penale, instaurato a seguito di un'istanza da parte dell'Associazione nazionale dei reduci della resistenza, si è concluso, dopo un lungo iter giudiziario, con la condanna dei ricorrenti per apologia dei crimini di collaborazione col nemico. La questione della rilevanza penale della

⁴⁶⁸ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 10.

⁴⁶⁹ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 9.

⁴⁷⁰ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 11.

condotta, tuttavia, ha incontrato non pochi contrasti. Già il procuratore, dinanzi al giudice istruttore, aveva concluso la requisitoria raccomandando il non luogo a procedere, considerando che il testo, lungi dal glorificare la politica di collaborazione, lodava la persona di Pétain non per i crimini per i quali fu condannato, ma a causa delle azioni benefiche che gli autori ritenevano egli avesse compiuto a favore della Francia e, segretamente, degli alleati⁴⁷¹. Sebbene il giudice istruttore, in disaccordo con il pm, avesse poi disposto il rinvio a giudizio, il Tribunale di prima istanza assolse gli imputati rilevando l'assenza di un tentativo di giustificare la collaborazione con la Germania nazista e inquadrando piuttosto l'annuncio nella campagna per ottenere la revisione della sentenza di condanna del 1945 – il cui passaggio in giudicato non ne impedirebbe affatto la critica⁴⁷² –.

La decisione, confermata in secondo grado ma annullata dalla Cassazione, è tornata alla Corte d'Appello che, accogliendo le istanze risarcitorie delle parti civili, ha affermato la responsabilità degli imputati⁴⁷³. In primo luogo, i giudici hanno ritenuto che, attraverso l'elogio della politica di Pétain, descritta come “estremamente abile”, altro non fosse stato lodato se non proprio il collaborazionismo con i tedeschi. In secondo luogo, viene contestata l'omissione, da parte degli autori dell'annuncio, di ogni riferimento alle politiche razziste contro gli ebrei poste in essere dal governo di Pétain, che ne comporterebbe “implicitamente ma necessariamente” l'apologia⁴⁷⁴. Quanto al dichiarato scopo di ottenere la revisione del processo, esso, seppur legittimo, non può giustificare i mezzi illeciti con i quali lo si voleva perseguire, cioè l'approvazione senza riserve del collaborazionismo, che equivale *ipso facto* ad una giustificazione di tale crimine⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 14.

⁴⁷² *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 16.

⁴⁷³ L'appello e il ricorso per cassazione sono stati proposti dalle associazioni costituitesi parte civile, non dalla procura; di conseguenza il giudice del rinvio, che pur accoglie le domande di risarcimento del danno, non ha potuto infliggere alcuna condanna penale agli imputati. V. *infra*.

⁴⁷⁴ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 21.

⁴⁷⁵ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 21.

Davanti alla Corte di Strasburgo, il primo aspetto da affrontare riguarda l'applicazione dell'art. 17, invocata dal governo francese che considerava la pubblicazione in contrasto con lo spirito della Convenzione ed i valori fondamentali della democrazia⁴⁷⁶. Si tratta di un passaggio chiave per capire la natura della disposizione sull'abuso del diritto. La Corte non decide sulla domanda del governo nella fase preliminare, ma dichiara di voler prima esaminare il caso sulla base dell'art. 10 letto alla luce dell'art. 17. Solo successivamente, valutando *tutte le circostanze* del caso concreto, potrà essere stabilita l'applicabilità dell'art. 17⁴⁷⁷.

I ricorrenti sostenevano che il testo rappresentava un'opinione su una controversia storica di interesse generale e che la condanna era stata motivata dall'intento di imporre una lettura "politically correct" dei fatti. Inoltre, non solo lo scopo della pubblicazione era esclusivamente quello di promuovere una campagna in favore della riapertura del processo Pétain, ma essa non aveva contestato né le atrocità naziste né l'Olocausto, e quindi non poteva essere equiparata ad uno scritto negazionista⁴⁷⁸.

Il governo francese ribatteva che, qualunque fosse stato lo scopo dei ricorrenti, la condanna era stata determinata dall'apologia dei crimini commessi da Pétain⁴⁷⁹. Nemmeno potrebbe il testo essere considerato un contributo al dibattito storico, stante la sua mancanza di obiettività. Da un lato, infatti, l'annuncio tentava di giustificare le azioni di Pétain facendo ricorso alla teoria del doppio gioco nonostante questa, al tempo della pubblicazione, fosse già stata respinta da tutti gli storici esperti in materia. Dall'altro, esso implicitamente negava, attraverso la loro omessa menzione, i più vergognosi atti del regime di Vichy: le leggi razziali e le politiche

⁴⁷⁶ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 35.

⁴⁷⁷ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 38; v., altresì, *Concurring Opinion of Judge Jambrek*, par. 1. La Commissione EDU aveva invece escluso *ab initio* l'applicabilità dell'art. 17, rilevando che la pubblicazione contestata non esprime alcun odio razziale.

⁴⁷⁸ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 40.

⁴⁷⁹ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 41.

antisemite⁴⁸⁰. Il governo faceva inoltre riferimento al margine di apprezzamento che la Corte concede normalmente agli Stati nell'implementazione dei diritti della CEDU, argomentando che in questo caso dovrebbe essere particolarmente ampio, poiché il testo riguardava eventi che costituiscono ancora una parte dolorosa della memoria collettiva. Dal momento che la storia di uno Stato è una materia insuscettibile di essere definita oggettivamente in termini europei, non vi potrebbe neppure essere una concezione uniforme della latitudine da lasciare alla libertà di espressione in tale campo⁴⁸¹. In altre parole, vista la diversa reazione che una simile pubblicazione su Pétain avrebbe nei diversi paesi europei, la Corte non potrebbe applicare uno standard uniforme nello stabilire la legittimità delle restrizioni nazionali. Infine, quanto alla proporzionalità dell'interferenza, il governo faceva notare come i due ricorrenti fossero stati condannati a pene del tutto simboliche consistenti nel versamento, a titolo di risarcimento del danno, di un franco francese a ciascuna delle due associazioni costituitesi parti civili⁴⁸².

La Corte EDU, riassumendo i fatti di causa, osserva che, secondo lo Stato resistente, l'apologia sarebbe stata commessa attraverso due modalità: *a) giustificando* le azioni di Pétain ricorrendo ad una teoria – quella del doppio gioco – che il governo descrive come avversata da tutti gli storici del settore; *b) omettendo*, e quindi *implicitamente negando*, le politiche antisemite di Pétain, che costituirebbero invece un aspetto irrinunciabile di ogni resoconto oggettivo su di lui.

Quanto alla prima modalità, la Corte innanzitutto precisa di non essere suo il compito di risolvere la disputa storiografica su quegli eventi e sulla loro interpretazione⁴⁸³. Essendo questa questione ancora al centro di un dibattito *in corso* tra gli storici, essa si sottrae alla categoria dei “fatti storici chiaramente stabiliti”, come l'Olocausto, la cui negazione o revisione sarebbe *rimossa*

⁴⁸⁰ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 42. Per approfondimenti sulla politica antisemita attuata dal governo di Vichy, v., tra i molti, R. BADINTER, *Le genre humain. Le droit antisémite de Vichy*, Parigi, 1996.

⁴⁸¹ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 43.

⁴⁸² *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 43.

⁴⁸³ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 47.

dalla protezione dell'art. 10 per mezzo dell'art. 17⁴⁸⁴. Così facendo, la Corte delinea, per la prima volta con nettezza, una categoria di opinioni – identificata solo sulla base del loro *contenuto* – estromessa dal raggio operativo delle disposizioni sulla libertà d'espressione. Tuttavia, l'annuncio da cui trae origine il procedimento in questione – continuano i giudici – non sembrerebbe appartenere alla fenomenologia negazionista: il riferimento alle “atrocità e persecuzioni naziste” e all’“onnipotenza tedesca e la sua barbarie”⁴⁸⁵ varrebbe cioè ad escludere un implicito intento di condonare o promuovere il regime nazista. Qualificando come estremamente abile la politica di Pétain, gli autori stavano piuttosto sostenendo una delle “teorie contrapposte” nel dibattito sul ruolo del capo del governo di Vichy, cioè quella del doppio gioco⁴⁸⁶. Inoltre, la pubblicazione non portava la firma dei ricorrenti, bensì di due associazioni, legalmente costituite, aventi proprio lo scopo sociale di riabilitare l'immagine di Pétain; non dovrebbe quindi sorprendere che sia stata sposata, tra le due “teorie storiche rivali”, quella a lui più favorevole⁴⁸⁷. Il lettore era stato tra l'altro avvertito della natura non imparziale dello scritto, in considerazione della dicitura “Publicité”, in epigrafe, e della presenza dei nomi delle due associazioni pro-Pétain, in calce, alla pagina del quotidiano.

La Corte passa ad analizzare la modalità apologetica più criticata dai tribunali interni, vale a dire quella dell'implicita negazione, attraverso la loro omissione, delle azioni antisemite del governo di Vichy. Si tratta di stabilire, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto (ed in particolare del contenuto e del contesto della pubblicazione), se l'interferenza si presenti proporzionata agli scopi legittimi perseguiti dallo Stato e se le ragioni addotte dalle autorità nazionali siano idonee e sufficienti a giustificare la misura restrittiva adottata⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 47 (“un débat toujours en cours entre historiens”), (“soustraite par l'article 17 à la protection de l'article 10”; “removed from the protection of Article 10 by Article 17”).

⁴⁸⁵ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 47.

⁴⁸⁶ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 47.

⁴⁸⁷ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 48.

⁴⁸⁸ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 51.

Pur ammettendo che il contenuto dell'annuncio era completamente unilaterale e polemico, i giudici di Strasburgo ribadiscono che la libertà di cui all'art. 10 copre non soltanto la sostanza delle idee, ma anche la *forma* con cui vengono esternate. Le corti interne avevano criticato altresì la mancata presa di distanza degli autori, e soprattutto il loro silenzio, in merito all'adozione della legge sugli stranieri di razza ebraica che dette inizio alle deportazioni. Non vi è alcun dubbio – rileva la Corte al riguardo, ricollegandosi implicitamente a quanto detto in precedenza a proposito dell'art. 17 – che la giustificazione di politiche pro-naziste non beneficerebbe della protezione dell'art. 10, al pari di ogni altra affermazione in contrasto con i valori sottostanti alla Convenzione⁴⁸⁹. I ricorrenti, tuttavia, si erano esplicitamente smarcati dalle atrocità naziste; più che verso certe politiche, le loro lodi erano dirette a beneficio di un uomo, nell'ambito di uno scopo – ottenere la revisione del processo del 1945 – giudicato legittimo dalle stesse corti francesi⁴⁹⁰.

Venendo all'esame delle omissioni rimproverate agli autori del testo, l'organo di Strasburgo tiene a precisare, per prima cosa, che esse non concernono fatti di poco momento, ma eventi direttamente legati all'Olocausto. La mancata menzione delle responsabilità di Pétain nella deportazione degli ebrei, come tutti i tentativi di occultare crimini di tale gravità, costituisce sì un comportamento *moralmente condannabile*, ma va comunque valutato alla luce di altre circostanze che emergono dalla vicenda in esame⁴⁹¹: a) la Procura – organo incaricato di rappresentare la sintesi delle sensibilità che vanno a formare l'interesse generale, incluso il fatto che tale pagina di storia francese fosse ancora particolarmente dolorosa nella memoria collettiva – inizialmente ritenne di richiedere il non luogo a procedere e, successivamente, decise di non appellare le assoluzioni degli imputati; b) gli eventi storici di cui si tratta, nonostante ancora in grado di rianimare la controversia e riaccendere le sofferenze della popolazione, avvennero più di quarant'anni prima; sarebbe perciò inopportuno trattarli con la stessa severità riservata a fatti più recenti; c) l'annuncio rientra negli sforzi che ogni nazione è chiamata a compiere per

⁴⁸⁹ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 53.

⁴⁹⁰ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 53.

⁴⁹¹ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 54.

dibattere con apertura e serenità della propria storia; a tal riguardo la Corte ricorda che la libertà di espressione tutela anche le idee che possono inquietare o urtare certe sensibilità⁴⁹²; d) il messaggio è direttamente riferibile all'oggetto sociale delle due associazioni alle quali i ricorrenti fanno capo, le quali sono state legittimamente costituite e non hanno subito procedimenti legali a causa della finalità da esse espressamente perseguita⁴⁹³; e) una condanna penale per apologia di crimini di collaborazionismo costituisce una forte limitazione della libertà di espressione, specialmente considerando l'esistenza di altri mezzi di intervento, ad esempio a livello civilistico⁴⁹⁴.

Per questi motivi, la Corte EDU giudica sproporzionata la misura restrittiva imposta ai ricorrenti, come tale non necessaria in una società democratica. Avendo rilevato una violazione dell'art. 10 sulla libertà di espressione, i giudici hanno infine ritenuto inappropriato applicare l'art. 17.

6.2. Osservazioni intermedie sui principi affermati in *Lehideux*

Molte sono le riflessioni sollecitate da questa decisione della Grande Camera⁴⁹⁵. Alcune di esse, per il loro vertere sulla generale tematica dell'abuso del diritto, verranno esposte in seguito, quando si procederà ad un più approfondito esame dell'art. 17 e, in particolare, della concorrenza dei due

⁴⁹² *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 55.

⁴⁹³ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 56.

⁴⁹⁴ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 57.

⁴⁹⁵ Per un'aspra critica della decisione, definita "l'arrêt le plus tristement étonnant rendu par la Cour européenne", deplorato per la debolezza del ragionamento giuridico e la cecità dei giudici di fronte alla necessità di tutela delle vittime e della memoria collettiva, v. G. COHEN-JONATHAN, *L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 366-382; critico anche P. WACHSMANN, *Une certaine marge d'appréciation. Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, 2000, pp. 1035, 1040, che però spiega la decisione di favorire la libertà di espressione con la necessità di proteggere i "valori essenziali di una società democratica".

ruoli, “forte” ed “ausiliario”, che esso sembra essere venuto qui ad assumere⁴⁹⁶.

Ci si limita dunque a dar conto di qualche aspetto critico, partendo da quelli messi in evidenza dai giudici dissenzienti. In primo luogo, questi ultimi osservano come l’annuncio a pagamento pubblicato su *Le Monde*, dato il suo carattere promozionale ed unilaterale, non potesse contribuire ad alcun serio e genuino dibattito su una figura storica controversa e, quindi, come la condanna inflitta agli autori non andasse giudicata contraria ai principi sanciti dalla Convenzione⁴⁹⁷. Si tratta di un argomento piuttosto collaudato e già ampiamente discusso (e respinto dalla dottrina italiana maggioritaria), che sembra ricollegare la libertà di manifestazione del pensiero ad una sorta di *utilità* dell’opinione in questione, rinvenuta nella sua capacità di arricchire la discussione pubblica⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ La dottrina – a ragione – giudica incerta e contraddittoria l’interpretazione data all’art. 17 nel caso *Lehideux*, visto che non si comprende il ruolo – escludente o di adiuvante interpretativo – in cui esso sia stato impiegato, v. S. VAN DROOGHENBROECK, *L’article 17 de la Convention européenne*, cit., pp. 558-560; B. DUARTÉ, *Les partis politiques, la démocratie et la Convention européenne des droits de l’homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1999, nota 97; G. COHEN-JONATHAN, *L’apologie de Pétain devant la Cour européenne*, cit., p. 372 (il quale osserva come non sia chiaro quali siano stati gli effetti di una lettura dell’art. 10 “alla luce dell’art. 17”). In ogni caso, vi è chi vede in questo *dictum* un modo per la Corte di evitare di pronunciarsi direttamente sull’applicazione della clausola sull’abuso del diritto, A. SCHAUS, *Le délit de presse raciste*, in *Mélanges Pierre Lambert*, cit., p. 747.

⁴⁹⁷ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., *Joint Dissenting Opinion of Judges Foighel, Loizou and Sir John Freeland*, par. 2, 8; *Lehideux and Isorni v. France*, cit., *Dissenting Opinion of Judge Casadevall*, par. 5.

⁴⁹⁸ La dottrina ha lungamente dibattuto se la libertà di manifestazione del pensiero consacrata dall’art. 21 della nostra Costituzione debba intendersi in senso funzionale o in senso individuale. Se nel primo caso essa andrebbe considerata uno strumento per il conseguimento di finalità pubbliche, sociali o collettive, nel secondo sarebbe vista come libertà riconosciuta al singolo in quanto tale, vale a dire come garanzia “negativa” contro l’intervento dei pubblici poteri e dei privati. Il punto cruciale sta nella possibilità, che scaturisce dalla prima lettura, di imporre maggiori limiti al diritto di parola, volti ad assicurare che il suo esercizio sia rispondente a finalità pubbliche. Propendono per una concezione individualistica della libertà di parola C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 9 (che afferma come si tratti di “un

In secondo luogo, i giudici dissenzienti rimproverano alla Corte di non aver riconosciuto una sufficiente ampiezza al *margin of appreciation statale*⁴⁹⁹; a loro parere, si sarebbe dovuto adottare il medesimo criterio elaborato per le offese riguardanti le sfere religiosa e morale, in cui la Corte si è dimostrata deferente rispetto alle scelte interne⁵⁰⁰. Nel presente caso, concernente circostanze storiche strettamente legate alla Francia, le autorità nazionali sono ritenute essere in una posizione migliore, stante il loro diretto e continuo contatto con le “forze vitali” del paese, per valutare le conseguenze dello scritto *de quo*, con particolare riguardo al suo impatto sul processo di

diritto garantito al singolo come tale indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato”); G. ZUCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in G. BETTIOL *et al.*, *Legge penale e libertà del pensiero: 3° Convegno di diritto penale, Bressanone 1965*, cit., pp. 79-80; L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà d'informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, p. 13; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, pp. 97 ss; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, 2° ed., Padova, 1976, p. 1066; A. PACE, M. MANETTI, *sub art. 21 – La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (diretto da), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006, pp. 37 ss. Favoriscono invece la sua dimensione funzionale A. PIZZORUSSO, *Libertà di pensiero. Opportunità e rischi*, in M. BOVERO, *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma, 2004, pp. 65-68.; G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, Napoli, 1954, pp. 109 ss. Queste due dimensioni possono anche coesistere secondo P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, pp. 9-12 (che interpreta la valenza funzionale “in termini metodologici, che prescindono da ogni preclusione di contenuti”; l'Autore esclude infatti che questa lettura possa legittimare restrizioni basate sulla contrarietà dell'opinione con le concezioni dominanti). Sulla libertà di manifestazione del pensiero v. altresì, nella dottrina italiana recente, A. PIZZORUSSO, *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005; Z. ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004.

⁴⁹⁹ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., *Joint Dissenting Opinion of Judges Foighel, Loizou and Sir John Freeland*, par. 4; *Dissenting Opinion of Judge Morenilla*, par. 2; *Dissenting Opinion of Judge Casadevall*, par. 3.

⁵⁰⁰ Nello stesso senso, A. SCHAUS, *Le délit de presse raciste*, cit., pp. 755-758, che critica, per le stesse ragioni, anche la decisione presa nel caso *Jersild v. Denmark*; G. COHEN-JONATHAN, *L'apologie de Pétain devant la Cour européenne*, cit., pp. 372-377, che rileva l'incoerenza con altri casi in cui ben più ampio era stato il margine d'apprezzamento lasciato alle autorità statali.

superamento della dolorosa frattura provocata nella società francese dal periodo di Vichy. Quindi – concordano i giudici dissenzienti – un più lato margine di apprezzamento si sarebbe dovuto imporre proprio perché lo scopo perseguito dalle autorità nazionali e la necessità delle misure intraprese *non sono definibili con obiettività* a livello europeo.

L'obiezione, nella sua valenza complessiva, tocca un aspetto cruciale: il processo di elaborazione, da parte della popolazione, della memoria collettiva relativa a certi eventi della storia nazionale muta di paese in paese; di conseguenza, altrettanta variabilità caratterizza la necessità di “fissare” taluni avvenimenti storici, ad esempio vietandone la negazione o la giustificazione. Ecco allora che uno stesso evento – si pensi all'Olocausto – può provocare reazioni ben diverse, e quindi generare bisogni differenziati di protezione, anche penale, a seconda del contesto nazionale di riferimento. Non è scontato, tuttavia, che lo strumento giuridico più adatto a garantire flessibilità nell'impiego del “diritto penale della memoria” sia da identificare nella dottrina del margine di apprezzamento. Pur ammettendo che i tribunali interni sono per loro natura più adatti rispetto alla Corte per valutare le esigenze e le sensibilità delle società di cui sono espressione, un allargamento del margine di apprezzamento statale in questo campo determinerebbe una *marginalizzazione generalizzata* del controllo europeo.

Ciò di cui si sente la necessità, piuttosto, è la valorizzazione dei *fattori nazionali* nel bilanciamento dei vari interessi contrapposti. Tra di essi spicca quello alla pacifica coesistenza della popolazione residente in un determinato paese, che nella precedente fase giurisprudenziale risultava veicolato dall'art. 17 nella sua funzione “ausiliaria”. Interesse che sarebbe da valutare alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, soprattutto quelle concernenti il contesto storico, politico e sociale dello Stato convenuto.

Le differenze tra questi due distinti approcci al problema non sono di poco momento. Mentre un ampliamento del margine statale di apprezzamento non farebbe altro che allentare in maniera indiscriminata il sindacato europeo sulle restrizioni della libertà di espressione in materia di negazionismo, la soluzione alternativa qui tratteggiata consentirebbe di agganciare allo specifico contesto di riferimento la soglia di tollerabilità di misure (specialmente penali) incidenti sulla libertà di parola. In parallelo al *grado di pericolo* per il bene

tutelato che un certo discorso negazionista fa sorgere nel contesto in cui viene esternato, la libertà di espressione può espandere o restringere i propri confini, sulla base di una valutazione caso per caso degli interessi antinomici. In paesi, come la Germania, in cui l'esperienza storica impone una particolare cautela nell'esercizio della libertà di opinione, la Corte potrà allora comprimere l'area protetta da tale diritto, facendo riferimento alle circostanze concrete, senza tuttavia dover emettere *dicta* che rischino di legittimare simili restrizioni in situazioni ove non sarebbero parimenti giustificate⁵⁰¹.

Un'ultima osservazione rinvenibile nelle opinioni dissenzienti si appunta, in termini di proporzionalità dell'interferenza, sulla somma liquidata dalle corti interne a titolo di risarcimento del danno alle parti civili, che ammonta – simbolicamente – a due franchi francesi. La sua esiguità, secondo la minoranza del collegio, avrebbe dovuto condurre la Corte a dichiarare l'assenza di una violazione della libertà di espressione, non presentandosi l'interferenza statale come eccessivamente onerosa o sproporzionata⁵⁰². L'opinione di maggioranza ha ritenuto invece che “la gravità di una condanna penale per pubblica apologia di crimini di collaborazionismo”⁵⁰³ pesasse comunque in modo troppo gravoso sui ricorrenti. A tal riguardo, ci si limita a precisare che le corti francesi avevano certamente affermato, con decisione passata in giudicato, che tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice erano stati integrati dalla condotta imputata⁵⁰⁴; ciononostante, a causa della scelta della Procura di non proporre appello contro le precedenti pronunce assolutorie⁵⁰⁵, i giudici del rinvio non hanno potuto infliggere una sanzione penale, limitandosi a decidere sul risarcimento del danno e sulla pubblicazione della sentenza di condanna⁵⁰⁶. Non si può dire, dunque, che gli autori abbiano subito conseguenze punitive penali in senso proprio, salvo

⁵⁰¹ V. *infra*, § III.12.3.

⁵⁰² *Lehideux and Isorni v. France*, cit., *Joint Dissenting Opinion of Judges Foighel, Loizou and Sir John Freeland*, par. 7.

⁵⁰³ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 57 (corsivo aggiunto).

⁵⁰⁴ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 21, 23.

⁵⁰⁵ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 17, 19, 55.

⁵⁰⁶ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 21.

l'effetto di stigmatizzazione comunque derivante da un accertamento di responsabilità, rafforzato dall'ordine di pubblicare l'estratto della sentenza. Quello che i giudici dissenzienti non hanno rilevato, tuttavia, è l'aspetto più preoccupante di *Lehideux*, vale a dire il cortocircuito tra giudice e storico innescato dalla categoria dei fatti storici chiaramente stabiliti. La letteratura non ha mancato di segnalare, in generale, i pericoli di una siffatta opzione metodologica⁵⁰⁷. Va però rimarcato che già in *Lehideux* la Corte ha compiuto un'implicita – ma inequivocabile – invasione di campo, spingendosi a stabilire che una determinata interpretazione storica, la c.d. politica del “doppio gioco” asseritamente intrapresa dal maresciallo Pétain, possiede una sua legittimità epistemologica, perlomeno *prima facie*⁵⁰⁸. A differenza del governo francese, che ne predicava la radicale scorrettezza rifacendosi all'opinione unanime degli specialisti di quel periodo⁵⁰⁹, la Corte ha qualificato come una delle “*conflicting*” o “*rival*” *historical theories* la versione dei fatti propugnata dai ricorrenti⁵¹⁰. In questo modo, il dibattito accademico su quale sia la più accurata lettura da dare all'epoca di Vichy è considerato dai giudici – non è dato sapere sulla base di quali dati – ancora aperto; ne deriva necessariamente un autorevole avallo rispetto – se non altro – alla non manifesta infondatezza di una certa versione dei fatti, che perciò rientra nell'area di protezione della libertà di espressione. Al contrario, se la Corte avesse considerato fondati i richiami del governo francese alla palese insostenibilità della teoria del doppio gioco, l'operazione ermeneutica sarebbe probabilmente stata destinata alle stesse sorti prefigurate per la negazione dell'Olocausto: l'esclusione dall'ambito di protezione della Convenzione, in applicazione dell'art. 17⁵¹¹.

⁵⁰⁷ V. *infra*, § IV.4.1.

⁵⁰⁸ Solleva questa obiezione anche G. COHEN-JONATHAN, *L'apologie de Pétain devant la Cour européenne*, cit., p. 379, che si chiede come la Corte abbia potuto assegnare maggior peso alle tesi dei ricorrenti rispetto a quelle del governo francese. Per più ampie considerazioni, v. *infra*, § III.10.2.

⁵⁰⁹ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 42.

⁵¹⁰ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 47-48.

⁵¹¹ Cfr. *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 47; questa supposizione è supportata dal fatto che – usando le parole della Corte – “le omissioni [degli autori dell'annuncio, sul contributo del maresciallo alla deportazione degli ebrei] non concernono fatti di poco

L'obiettivo di questa critica non è, chiaramente, quello di schierarsi in uno o nell'altro senso in merito alla disputa storica in parola. Ciò che si intende denunciare come inopportuno, piuttosto, è che un *forum* giurisdizionale si sia arrogato il potere di dichiarare *in itinere* oppure *concluso* il dibattito storico intorno a certi eventi e alla loro interpretazione, sia pure al "limitato" scopo di determinare il regime giuridico applicabile. Non sfugge infatti l'effetto che una simile decisione potrà avere nel rinvigorire teorie magari date per definitivamente superate, oppure, viceversa, nel delegittimare (e scoraggiare) i tentativi di critica relativi ad avvenimenti ed interpretazioni giudicati *clearly established*. In entrambe le eventualità, il fenomeno chiamato "giuridificazione della storia" raggiunge il suo apice, con un *dictum* giuridicamente vincolante che va ad influenzare il corso naturale del dibattito storico⁵¹².

Un'ultima annotazione pare opportuna per sottolineare che, a godere della protezione di questa speciale aura di inconfutabilità, non sono solamente alcuni eventi passati – autoritativamente assunti come esistenti –, ma anche la loro *qualificazione giuridica*. Il problema non sta tanto nel negare un avvenimento, quanto nel reinterpretarne la valenza, e dunque il grado di disvalore che esprime – o che l'ordinamento vorrebbe esprimesse –. Basta analizzare il ragionamento della magistratura francese per rendersene conto. Mai la discussione ha riguardato l'identificazione dei fatti attribuibili a Pétain,

momento, bensì avvenimenti *direttamente connessi con l'Olocausto* [...]. La gravità di tali fatti, costituenti crimini contro l'umanità, aumenta la gravità di qualunque tentativo di stendere un velo su di essi" (par. 54, corsivo aggiunto). Visto che gli autori non *negavano* tali fatti ma si limitavano alla loro *omissione*, la Corte ha proceduto al bilanciamento con altre circostanze del caso concreto, pervenendo alla decisione di cui sopra. Un altro indice che avvalorava la nostra ipotesi è dato da una delle opinioni separate, nella quale un giudice identifica proprio nel carattere troppo indiretto delle espressioni il motivo per cui l'art. 17 non è stato applicato che nel suo ruolo di canone interpretativo (*Lehideux and Isorni v. France*, cit., *Joint Dissenting Opinion of Judges Foighel, Loizou and Sir John Freeland*, par. 6).

⁵¹² Sul fenomeno della giuridificazione della storia v. *supra* nota 90, e, tra i molti, D. DE BELLESCIZE, *L'autorité du droit sur l'histoire*, in J. FOYER, G. LEBRETON, C. PUIGELIER (diretto da), *L'autorité* N. 29, Parigi, 2008, 51 ss., 52; A. GARAPON, *Chiudere i conti con la storia. Colonizzazione, schiavitù, Shoah*, cit.

pacificamente accettati nella loro esistenza. La controversia è stata invece incentrata sulla lettura che è lecito darne: secondo la Procura ed il Tribunale di prima istanza di Parigi, è consentito anche offrirne un'interpretazione positiva, quali azioni a beneficio del popolo francese⁵¹³; ad avviso del giudice istruttore, dei giudici di rinvio e della Cassazione, non è ammesso discostarsi dal giudicato emesso nel 1945, che ha qualificato gli atti del maresciallo come crimini di collaborazione con il nemico, comprendenti la complicità nelle atrocità naziste⁵¹⁴. Se nel primo caso il giudice mantiene una qualche neutralità, limitandosi a constatare come il testo non sia diretto a giustificare la collaborazione con la Germania nazista, il secondo (e, alla fine, prevalente) orientamento non consente venga espressa un'opinione positiva su Pétain, a meno che nel contempo si ripudino – o, come minimo, si prendano le distanze da – i fatti a lui attribuiti come crimini. Malgrado il giudice assicuri che “non sta prendendo posizione” in merito a questa disputa storica, non solo il tenore letterale ed allusivo del suo ragionamento⁵¹⁵, ma anche la struttura stessa delle motivazioni non fanno altro che confermare, anzi, *riaffermare* il rimprovero mosso dal tribunale del 1945, e quindi una delle due interpretazioni in conflitto⁵¹⁶. Lo spirito di queste pronunce francesi, insomma, pare in linea con le politiche volte alla “ricomposizione di un ordine mnemonico condiviso dei fatti del passato e dei valori che questa narrazione veicola”, facendo “del

⁵¹³ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 14, 16.

⁵¹⁴ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 15, 21, 23.

⁵¹⁵ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 21 (“La Cour ne peut que faire cette constatation sans prendre parti sur la querelle historique qui oppose ceux qui estiment que Pétain a réellement mené une politique de double jeu supposée bénéfique pour les Français et ceux qui ne font confiance qu’aux choix affichés et aux décisions officielles prises publiquement par ledit Pétain quels que soient les alibis qu’il ait pu se ménager ou derrière lesquels ses défenseurs prétendent l’abriter. Ainsi donc la Cour constate-t-elle l’existence dans l’encadré incriminé de l’élément apologétique du délit poursuivi”).

⁵¹⁶ Cfr., altresì, *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 15, in cui il giudice istruttore rileva che quegli stessi fatti oggetto delle lodi degli imputati furono già dettagliatamente esaminati (e condannati) dall’Alta Corte nel 1945. La riproposizione delle tesi difensive ammonta dunque, a suo avviso, alla giustificazione dei crimini di collaborazionismo.

crimine in oggetto un monito e un messaggio morale per le generazioni future”⁵¹⁷.

6.3. L’eredità di *Lehideux*: a) la prima applicazione della categoria in *Garaudy c. France*

Tra i casi seguiti a *Lehideux*, quello di cui ci si appresta a dar conto, *Garaudy c. France*⁵¹⁸, è certamente il più celebre, grazie alla risonanza internazionale di cui ha goduto. Il ricorrente, scrittore e filosofo marxista, poi convertito all’islam, ha subito una serie di condanne per le affermazioni contenute nel suo libro *I miti fondatori della politica israeliana*. L’avvio dei processi si deve alle istanze presentate dalle associazioni di ex membri della Resistenza e da organizzazioni umanitarie che denunciavano la commissione dei reati di negazione di crimini contro l’umanità⁵¹⁹, diffamazione su base razziale⁵²⁰ e incitamento all’odio e alla violenza razziali⁵²¹. Le condanne, per tutti i capi d’imputazione, sono state pronunciate nello stesso giorno e dai medesimi giudici, ma in cinque distinti procedimenti.

⁵¹⁷ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., pp. 7, 19.

⁵¹⁸ *Garaudy c. France*, (dec.), 24 giugno 2003, 65831/01. Per un commento, v. M. LEVINET, *La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l’homme face au négationnisme. Obs. s/ la décision du 24 juin 2003, Garaudy c. France*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2004, pp. 653-662; D. ROETS, *Épilogue européen dans l’affaire Garaudy: les droits de l’homme à l’épreuve du négationnisme*, in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 239; M. RIPOLI, *Ancora sul negazionismo. Garaudy letto sul serio*, in *Ragion pratica*, 1999, pp. 71 ss.

⁵¹⁹ Art. 24 *bis* della legge sulla libertà di stampa del 29 luglio 1881, come modificata nel 1990 dalla *loi Gayssot*, già sopra riportato.

⁵²⁰ Art. 32, comma 2, della legge sulla libertà di stampa del 29 luglio 1881: “La diffamation commise [par l’un des moyens énoncés en l’article 23] envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée sera punie [...]”.

⁵²¹ Art. 24, comma 6, della legge sulla libertà di stampa del 29 luglio 1881: “Ceux qui, par l’un des moyens énoncés à l’article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l’égard d’une personne ou d’un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis [...]”.

Vari passaggi del libro di Roger Garaudy sono stati considerati contrari all'art. 24 *bis* della legge sulla stampa – come modificata dalla *loi Gayssot* –, che prevede il reato di contestazione dei crimini giudicati dal Tribunale di Norimberga⁵²². All'imputato è stato contestato di aver messo in discussione che una “soluzione finale” fosse mai stata organizzata; a suo dire, quell'operazione non avrebbe cioè avuto come scopo quello dello sterminio degli ebrei, bensì una deportazione degli stessi⁵²³. L'autore ha messo in discussione, allo stesso tempo, il numero delle vittime dell'Olocausto, le cause della loro morte (che sarebbero da rinvenirsi, per la gran parte, in malnutrizione ed epidemie) e l'utilizzo delle camere a gas⁵²⁴. Per questo egli ha sostenuto la necessità di aprire un dibattito sul tema, prendendo in considerazione particolari studi specialistici; al momento, sempre ad avviso dell'autore, la Shoah sarebbe diventato un “mito travestito da storia”, un dogma volto a giustificare ogni atto di violenza da parte di Israele⁵²⁵; queste sarebbero le ragioni per cui, nel suo libro, alcuni termini particolarmente evocativi (ad esempio, camere a gas, Olocausto e genocidio) sono stati posti tra virgolette. Inoltre, i giudici hanno condannato la relativizzazione degli eventi, compiuta mediante l'accostamento del genocidio degli ebrei con altri crimini, quali quelli commessi dagli Alleati a Dresda, Hiroshima e Nagasaki, o quelli legati al colonialismo degli europei⁵²⁶. Infine, l'autore viene condannato anche per aver screditato il Tribunale di Norimberga – in cui avrebbero reso servizio “i vincitori camuffati in toghe da giudice” –, il processo di Auschwitz – messo in parallelo con la “caccia alle streghe” – e le prove su cui sono fondati i loro accertamenti⁵²⁷. In uno dei procedimenti, il tribunale ha evidenziato come l'imputato, lungi dall'aver meramente criticato la politica israeliana o dall'aver addotto la necessità di un dibattito accademico su certe questioni storiografiche, abbia espresso adesione alle teorie negazioniste, impegnandosi in una virulenta e sistematica campagna di

⁵²² *Garaudy c. France*, cit., sez. A, pp. 3-10.

⁵²³ *Garaudy c. France*, cit., sez. A, pp. 6-7.

⁵²⁴ *Garaudy c. France*, cit., sez. A, pp. 6-7.

⁵²⁵ *Garaudy c. France*, cit., sez. A, pp. 5, 9.

⁵²⁶ *Garaudy c. France*, cit., sez. A, p. 5.

⁵²⁷ *Garaudy c. France*, cit., sez. A, p. 6.

contestazione dell'esistenza dei crimini contro l'umanità commessi contro gli ebrei, così come accertati a Norimberga⁵²⁸.

In aggiunta a tre condanne per il reato di cui al citato art. 24 *bis*, Roger Garaudy è stato ritenuto responsabile di pubblica diffamazione nei confronti di un gruppo di persone preso di mira in ragione dell'appartenenza etnica, razziale o religiosa dei suoi componenti. Svariati passaggi del libro sono stati considerati un'offesa all'onore e alla reputazione della comunità ebraica, accusata di aver deliberatamente distorto i fatti storici al fine di trarne vantaggio politico⁵²⁹.

L'ultimo reato addebitato all'autore consisteva nell'incitamento all'odio e alla discriminazione razziale. Nel riformare l'assoluzione pronunciata su questo capo d'imputazione dal Tribunale di prima istanza, la Corte d'Appello ha fatto riferimento ai passaggi in cui Garaudy dipinge il gruppo ebreo come una esigua minoranza che esercita il dominio su politica e mezzi di comunicazione, riuscendo a manipolare l'opinione pubblica in favore dei suoi interessi⁵³⁰. Non sarebbe possibile, ad avviso dei giudici, fare questo tipo di affermazioni senza necessariamente suscitare sentimenti di rigetto ed odio contro il gruppo ebraico. La fattispecie incriminatrice viene dunque ritenuta integrata dalla condotta in esame, rilevando come non sia richiesta un'esortazione all'odio, ma sia sufficiente che le espressioni siano idonee a instillare tali impulsi di avversione⁵³¹.

Una volta esauriti i ricorsi a livello interno, Garaudy ha fatto appello alla Corte EDU, adducendo la violazione, *inter alia*, dell'art. 10 sulla libertà di espressione⁵³². Ad avviso del ricorrente, l'art. 24 *bis*, introdotto dalla *loi Gayssot*, genererebbe una disparità di trattamento, visto che accorda

⁵²⁸ *Garaudy c. France*, cit., sez. A, p. 9.

⁵²⁹ *Garaudy c. France*, cit., sez. A, p. 11.

⁵³⁰ *Garaudy c. France*, cit., sez. A, p. 13.

⁵³¹ *Garaudy c. France*, cit., sez. A, p. 13.

⁵³² V., altresì, *Garaudy c. France*, cit., (griefs), par. 1-4, in cui il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 6 CEDU sostenendo la parzialità delle corti interne, l'avverso clima mediatico che avrebbe influenzato i processi e il pregiudizio causato dall'aver dovuto difendersi in cinque distinti procedimenti, tutti incentrati sullo stesso libro.

protezione solamente ad un gruppo di vittime, vale a dire gli ebrei periti durante il secondo conflitto mondiale⁵³³. Tale disposizione, inoltre, limiterebbe notevolmente la libertà di ricerca storica, imponendo un'unica versione degli eventi passati, che non potrebbero più essere contestati in modo polemico⁵³⁴. Le corti francesi avrebbero tra l'altro interpretato erroneamente le affermazioni contenute nel suo libro, che non sarebbero mai state volte a negare l'esistenza dei crimini nazisti commessi sugli ebrei, né la loro qualificazione come crimini contro l'umanità⁵³⁵. La critica era unicamente diretta, a suo dire, verso la "politica colonialista dello Stato d'Israele" e si presentava, dunque, scevra da qualsiasi intento razzista o antisemita⁵³⁶. Garaudy ha poi sostenuto la legittimità dei raffronti tra l'Olocausto ed altri gravi crimini, che esprimerebbe la volontà di affermare il diritto di tutti i popoli – non solo di quello ebraico – a non subire persecuzione e ad essere trattati equamente⁵³⁷. In modo più generale, il ricorrente ha accusato i giudici francesi di aver distorto il suo pensiero⁵³⁸; con riguardo, ad esempio, alle critiche rivolte al Tribunale di Norimberga ed ai suoi accertamenti in merito al significato della "soluzione finale", egli ribadisce di avere il diritto di appoggiare una diversa lettura dei fatti, mentre le corti interne hanno voluto imporre d'autorità la versione di Norimberga⁵³⁹.

Il governo contesta nella sua totalità il ricorso e richiede, in via principale, che la Corte ne dichiari l'inammissibilità ai sensi dell'art. 17, visto che le espressioni in esame negano l'esistenza dell'Olocausto e, come tali, contraddicono lo spirito della Convenzione; in subordine, si sostiene che l'art. 10, secondo comma, dovrebbe essere applicato alla luce degli obblighi derivanti dall'art. 17⁵⁴⁰. Il ricorrente insiste che il suo libro, lungi dal mettere

⁵³³ *Garaudy c. France*, cit., (griefs), par. 5, 10, richiamando anche l'art. 14 CEDU.

⁵³⁴ *Garaudy c. France*, cit., (griefs), par. 5.

⁵³⁵ *Garaudy c. France*, cit., (griefs), par. 6a.

⁵³⁶ *Garaudy c. France*, cit., (griefs), par. 6a e (en droit), par. 1.

⁵³⁷ *Garaudy c. France*, cit., (griefs), par. 7a.

⁵³⁸ *Garaudy c. France*, cit., (griefs), par. 7-10.

⁵³⁹ *Garaudy c. France*, cit., (griefs), par. 7c-d.

⁵⁴⁰ *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par. 1.

in dubbio i crimini nazisti e la persecuzione degli ebrei, non intendeva che criticare il sionismo⁵⁴¹.

La Corte EDU inizia il proprio ragionamento richiamando la consueta regola secondo cui non è suo il compito di definire gli elementi costitutivi di un reato, essendo il suo esame confinato alla compatibilità con l'art. 10 delle ingerenze nazionali incidenti sulla libertà di espressione⁵⁴².

Entrando nel merito, i giudici di Strasburgo fanno proprio, nella sua totalità, il principio sancito nel caso *Lehideux*: come ogni altra espressione diretta contro i valori sottesi alla Convenzione, la giustificazione di una *politica filo-nazista* non gode della protezione dell'art. 10; è stata sviluppata, a tale riguardo, la categoria dei “fatti storici chiaramente stabiliti”, quali l'Olocausto, la cui negazione, ai sensi dell'art. 17, è esclusa dalle garanzie offerte dall'art. 10⁵⁴³. Tale attività – aggiungono i magistrati, arricchendo il *dictum* ripreso da *Lehideux* – si differenzia completamente, tanto nello scopo quanto nel risultato, dalla ricerca storica, visto che intende in realtà *riabilitare il regime nazista*, accusando così le vittime stesse di falsificazione della storia⁵⁴⁴. La negazione dei *crimini contro l'umanità*⁵⁴⁵ costituisce perciò una delle più gravi forme di diffamazione razziale e di incitamento all'odio contro gli ebrei. Essa svilisce i valori su cui si basa la lotta a razzismo ed antisemitismo e costituisce una seria minaccia all'ordine pubblico. Per questo – concludono i giudici –, risultando le tesi negazioniste incompatibili con la democrazia ed i diritti umani, chi le propugna ha di mira indubbiamente obiettivi che ricadono nella categoria di quelli proibiti dall'art. 17, cioè “la distruzione dei diritti e delle libertà sanciti dalla CEDU”⁵⁴⁶.

⁵⁴¹ *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par. 1, p. 27.

⁵⁴² *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par. 1, pp. 27-28.

⁵⁴³ *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par. 1, p. 28.

⁵⁴⁴ *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par. 1(i), p. 29.

⁵⁴⁵ È questo il punto, che sarà di seguito criticato, in cui la Corte non fa più riferimento, come aveva fatto fino ad allora, alla negazione dei fatti storici chiaramente stabiliti, ma passa a quella dei crimini contro l'umanità.

⁵⁴⁶ *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par. 1(i), pp. 28-29.

Il passaggio appena riassunto riveste notevole importanza per l'evoluzione della giurisprudenza sul negazionismo. Da un lato, mostra come la Corte passi con disinvoltura dalla negazione dei fatti storici chiaramente stabiliti a quella dei crimini contro l'umanità, senza offrire, per questo mutamento di prospettiva, alcuna apparente spiegazione. Seppure trattati alla stregua di due sinonimi volti a richiamare, nel caso di specie, i crimini commessi dai nazisti contro gli ebrei, i due concetti non sono – a rigore – affatto sovrapponibili. Potrebbe trattarsi di un *lapsus*, che anticipa difatti i futuri sviluppi giurisprudenziali sul punto⁵⁴⁷.

Dall'altro lato, e tenendo conto altresì di quanto stabilito in *Lehideux*, sorge il dubbio che, ad essere rimossa dalla protezione convenzionale *ex art. 17*, non sia forse la totalità delle affermazioni che contestano fatti storici chiaramente stabiliti – sebbene, attenendosi al significato ordinario delle parole, sia esattamente questo il principio più volte reiterato dalla Corte –. Verrà esaminato, nel prosieguo del lavoro, se sia plausibile ipotizzare che la negazione dei fatti chiaramente stabiliti sia esclusa dalla protezione convenzionale *se ed in quanto* espressione di discorsi filo-nazisti o, più in generale, di carattere razzista. Per ora sia sufficiente osservare come tale correlazione tra negazione di eventi storici acclarati e attività contrarie alla Convenzione sia oggetto di una *presunzione implicita assoluta*, stante l'assenza di un qualunque riscontro di merito, anche solo di carattere logico-deduttivo. Le affermazioni dei giudici europei secondo cui il discorso negazionista sottende invariabilmente un'accusa alle vittime di aver falsificato la storia e configura quindi un incitamento all'odio razziale e una minaccia all'ordine pubblico, sembrerebbero esigere una migliore motivazione⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ V. *infra*, § III.11.

⁵⁴⁸ Si consideri a tal riguardo che la versione dei fatti protetta dalla legge francese non è quella risultante dalla narrazione delle vittime, bensì la verità giudiziale emersa dal processo di Norimberga. Nel momento in cui si contestano talune cruciali circostanze attinenti all'Olocausto – quali il numero di vittime, l'esistenza delle camere a gas o il significato di “soluzione finale” – si potrebbe anche sostenere che le invettive prendano di mira l'istituzione di Norimberga e le sue modalità operative, piuttosto che la comunità ebraica. La decisione invece, in maniera apodittica, deduce dalla condotta di contestazione degli eventi l'intento di incolpare le vittime di falsificazione della storia. Si tratta, all'evidenza, di

Appare probabile che la Corte EDU abbia preferito adottare una politica di *self-restraint* nei confronti degli accertamenti compiuti, nel caso ora in esame, dagli organi francesi; questo atteggiamento, d'altro canto, si pone in linea di continuità con quello evidenziato dai precedenti in tema di negazionismo, già sopra esaminati. In ogni caso, specialmente alla luce dell'estensione dei confini applicativi della fattispecie di negazionismo – oramai in numerosi Stati non più limitata alla protezione dei crimini nazisti –, sembra che per presunzioni assolute, nel ragionamento della Corte, non ci possa essere più spazio.

Enunciati questi principi, i giudici passano all'analisi dell'ingerenza statale lamentata dal ricorrente. È importante notare che l'art. 17 viene applicato direttamente solo in relazione alle condanne per il reato previsto dall'art. 24 *bis* della legge sulla stampa, che sanziona la negazione dei crimini contro l'umanità commessi dai nazisti. A tale riguardo, la Corte sottoscrive appieno, riproducendole quasi alla lettera, le motivazioni rinvenute nelle sentenze dei giudici interni secondo cui i denunciati passi del libro di Garaudy, lungi dal criticare esclusivamente la politica di Israele o dal sollecitare un dibattito accademico sulle camere a gas, evidenziano l'adesione dell'autore alle tesi negazioniste e la sua ripetuta contestazione dei crimini nazisti⁵⁴⁹. Il contenuto principale ed il tenore dell'opera – ergo, il suo scopo – sono stati ritenuti di carattere “marcatamente revisionista”; questa parte del ricorso è stata conseguentemente dichiarata *incompatibile ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione, risultando le espressioni contrarie ai suoi “valori fondamentali” di pace e giustizia⁵⁵⁰. Quindi, come prefigurato in *Lehideux*, l'art. 17 ha impedito in radice l'accesso all'ordinario giudizio di

un'inferenza insuscettibile di essere derivata *ipso facto*, come invece parrebbe emergere dal ragionamento della Corte EDU; al contrario, la sua consistenza dovrebbe formare oggetto di un'adeguata motivazione, fondata sulle circostanze del caso concreto. Soltanto una volta fornita questa dimostrazione, sarebbe lecito ipotizzare l'integrazione delle fattispecie di diffamazione basata su motivi razziali o di incitamento all'odio razziale.

⁵⁴⁹ *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par. 1(i), pp. 28-29.

⁵⁵⁰ *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par. 1(i), p. 29.

bilanciamento previsto dall'art. 10, espungendo una determinata categoria di opinioni dall'orizzonte della libertà di espressione.

Il punto successivo della sentenza concerne le critiche rivolte da Garaudy alle azioni dello Stato di Israele e della comunità ebraica, che hanno dato luogo alle condanne per diffamazione razziale e per incitamento all'odio razziale. Facendo leva sul "provato intento razzista" perseguito dall'autore, la Corte ha adombrato la seria possibilità di utilizzare anche in questa istanza la potente arma dell'art. 17⁵⁵¹. Tuttavia decide di non pronunciarsi sulla questione – lasciata dunque aperta –, stante la manifesta infondatezza di questo motivo di ricorso, che lo rende comunque inammissibile. La matrice argomentativa ricalca perciò, almeno formalmente, quella usualmente impiegata nelle sentenze in tema di libertà di espressione, centrata sulla valutazione della "necessità" dell'interferenza in una società democratica. I giudici non solo identificano lo scopo legittimo delle due menzionate fattispecie incriminatrici nella "difesa dell'ordine e la prevenzione del crimine" e nella "protezione della reputazione e dei diritti altrui". Richiamando il caso *Marais v. France*, fanno altresì riferimento alla finalità di "salvaguardare la pacifica coesistenza all'interno della popolazione francese"⁵⁵². Con una motivazione ridotta al minimo – che ricorda quelle dei casi afferenti alla seconda fase, sopra esaminati –, la Corte afferma la "necessità" dell'ingerenza statale, considerando il contenuto dell'opera e l'adequatezza delle ragioni invocate dai tribunali interni in sede di condanna⁵⁵³.

In *Garaudy*, insomma, la disposizione sull'abuso del diritto riceve un'applicazione selettiva che contribuisce a far luce sulla sua effettiva portata. Da un lato, in relazione alle condotte ritenute di vera e propria negazione dell'Olocausto, la Corte non fa che sviluppare il ragionamento già intrapreso

⁵⁵¹ *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par. 1(ii), p. 30.

⁵⁵² *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par. 1(ii), p. 30; il concetto di pacifica coesistenza è reso in modo leggermente diverso nell'originale francese ("préservar la paix au sein de la population française") e nella traduzione inglese della decisione ("to secure the peaceful coexistence of the French population"), così da riflettere perfettamente la lieve differenza terminologica già riscontrabile nel citato caso *Marais v. France*.

⁵⁵³ *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par. 1(ii), p. 30.

in *Lehideux*, lasciando però trasparire un impercettibile ma significativo aggiustamento di rotta sull'utilizzo della categoria dei fatti storici chiaramente stabiliti, che difatti sembra uscirne rimodellata come una delle possibili manifestazioni razzismo. In altre parole, si potrebbe ipotizzare che nonostante l'etichetta – decisamente ampia – degli eventi sui quali non è più in corso un dibattito tra gli storici, l'art. 17 possa essere applicato solo qualora una loro negazione sottenda un intento razzista o filo-nazista.

Dall'altro lato tuttavia, nella seconda parte del ricorso, i giudici hanno preferito evitare l'effetto ghigliottina dell'art. 17, propendendo per il più collaudato giudizio *ex art.* 10, malgrado anche gli scritti oggetto di condanna per diffamazione ed incitamento all'odio razziale fossero stati giudicati a sfondo razzista. A ben vedere, però, lo studio – di cui sopra – sui casi collocati nell'ambito della seconda fase suggerisce che il riferimento alla “pacifica coesistenza della popolazione” chiama solitamente in causa l'art. 17 nel suo ruolo di “adiuvante interpretativo”. Anche in *Garaudy*, si è forse riproposta quella dicotomia, sopra menzionata, tra le due funzioni di questa disposizione: “forte” contro le condotte qualificate come negazionismo; “dolce” nei confronti di quelle più latamente di ispirazione razzista⁵⁵⁴. L'unica particolarità sembra risiedere allora nell'utilizzo solo *implicito* dell'art. 17 nella seconda parte del *decisum*⁵⁵⁵; la circostanza si rivela peraltro di scarso rilievo, visto che, nei casi in cui la disposizione era entrata espressamente a far parte del ragionamento, lo schema argomentativo si presentava come assolutamente coincidente con quello qui adottato.

⁵⁵⁴ Sostiene un'applicazione “indiretta” – cioè come ausilio interpretativo – dell'art. 17 nella seconda parte del ricorso nel caso *Garaudy*, M. LEVINET, *La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 660-661.

⁵⁵⁵ Un ragionamento simile contraddistingue anche le motivazioni del caso *Karatepe c. Turquie*, 31 luglio 2007, 41551/98, par. 30, in cui la Corte sembra fare un'applicazione implicita della clausola sull'abuso del diritto nella sua funzione di adjuvante interpretativo.

6.4. (continua): *b)* ...e il suo ampliamento in *Witzsch v. Germany* (2)

Per dipanare i dubbi che ancora circondano l'area di applicabilità della disposizione sull'abuso del diritto, così come gli effetti che essa è chiamata a dispiegare, pare indispensabile allargare l'ambito d'indagine ed approntare una sintetica analisi dei principali casi in cui la Corte ne ha offerto alcune delucidazioni. Questo, però, non prima di accennare brevemente a quella che sembra essere l'ultima decisione della Corte EDU vertente su una condotta propriamente riconducibile al negazionismo, che fa affiorare alcuni aspetti di ulteriore criticità della categoria dei fatti storici chiaramente stabiliti.

In risposta ad un articolo pubblicato dallo storico Wolffson su un settimanale tedesco, il ricorrente Hans-Jürgen Witzsch scrive una *missiva privata*, indirizzata al professore, in cui gli rappresenta talune obiezioni⁵⁵⁶. Nello specifico, eccepisce che le affermazioni contenute nell'articolo, secondo cui lo sterminio degli ebrei sarebbe stato ordinato da Hitler in persona, sono false e storicamente insostenibili. Non esisterebbe ad oggi alcuna prova, come asseritamente dimostrato da alcune note provocazioni di David Irving (noto negazionista), che Hitler e il suo partito abbiano pianificato ed organizzato l'assassinio di massa degli ebrei. Witzsch sostiene che per la normalizzazione delle relazioni tra la Germania e la comunità ebraica non basta che la prima sia riprovata per le responsabilità che ha ammesso, ma occorrerebbe altresì che la seconda si astenesse dal negare il proprio contributo negativo alla storia e, inoltre, prendesse le distanze dalla "atrocity propaganda" sollevata contro la Germania durante e dopo la guerra (*Kriegs- und Nachkriegsgreuelpropaganda*)⁵⁵⁷.

Appare lampante come il caso non rappresenti esattamente un classico esempio di condotta negazionista, stante l'assenza della contestazione dell'Olocausto o delle camere a gas; nondimeno, il ricorrente viene condannato dai tribunali tedeschi per vilipendio alla memoria dei defunti ai sensi del § 189 c.p. Il professor Wolffson, infatti, si rifiuta di sporgere querela

⁵⁵⁶ *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the facts), p. 2.

⁵⁵⁷ *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the facts), p. 2.

– condizione richiesta ai fini della procedibilità del reato – ma consegna la lettera alla polizia, la quale la fa avere al nipote di una vittima dell'Olocausto che lo stesso giorno, essendovi legittimato, richiede formalmente l'esercizio dell'azione penale⁵⁵⁸.

I giudici interni motivano la condanna osservando come, pur non avendo messo in discussione l'Olocausto in sé, Witzsch abbia contestato la responsabilità di Hitler e del suo partito per tale evento, ciò che equivale ad un *giudizio di valore negativo*; l'imputato ha così negato il “destino unico ed estremamente crudele” delle vittime, denigrando in questo modo la dignità dei defunti⁵⁵⁹. I magistrati aggiungono che la contestazione della responsabilità di Hitler e del suo partito, combinata alla dichiarazione secondo cui l'opinione di Wolffson fa parte della propaganda anti-tedesca sopra menzionata, mostra l'atteggiamento di disprezzo contro gli ebrei tenuto dall'imputato. Le sue espressioni infine, riguardando fatti la cui falsità è accertata, non sono considerate coperte dalla libertà di parola sancita dall'art. 5 della Legge fondamentale⁵⁶⁰.

Il ricorso alla Corte EDU, oltre che le abituali lagnanze, adduce la violazione del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, di cui all'art. 7, per aver le corti interne pronunciato condanna per un fatto *non* previsto dalla legge come reato⁵⁶¹. La fattispecie di vilipendio *ex* § 189, infatti, era stata utilizzata unicamente, fino ad allora, per sanzionare la negazione delle camere a gas – circostanza non avvenuta nel caso di specie –. I giudici europei rigettano

⁵⁵⁸ *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the facts), pp. 2-3.

⁵⁵⁹ *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the facts), p. 3.

⁵⁶⁰ *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the facts), p. 3.

⁵⁶¹ Una parte, forse sottovalutata, del ricorso si appuntava sulla presunta violazione dell'art. 6 della CEDU sul giusto processo, che sarebbe stata provocata dal comportamento – davvero singolare – della polizia la quale, appreso del rifiuto di Wolffson di sporgere querela, si industriava per trovare una vittima intenzionata a chiedere l'avvio del procedimento penale. La Corte respinge la lagnanza notando che il reato si era comunque già perfezionato all'atto della ricezione della lettera da parte dello storico; in più, dal comportamento di quest'ultimo, che ha consegnato la lettera alla polizia, si deduce il fatto che il professore, nonostante il rifiuto di richiedere l'esercizio dell'azione penale, non considerava la lettera inoffensiva (*Witzsch v. Germany* (2), cit., (the law), par. 1, pp. 5-6).

comunque il ricorso sostenendo che tale esito ermeneutico si presenta “coerente con l’essenza del reato e con il progressivo sviluppo della sua interpretazione giurisprudenziale”⁵⁶². Ne consegue che il ricorrente si trovava certamente nelle condizioni di poter prevedere la punibilità della propria condotta, tanto più che, in precedenza, era già stato condannato due volte per lo stesso reato, per aver negato l’esistenza delle camere a gas⁵⁶³.

Come di consueto in questi casi, il fulcro del ricorso verte sull’asserita violazione, da parte delle autorità statali, dell’art. 10 sulla libertà di espressione, facendo leva sul fatto che le dichiarazioni fondanti la condanna erano contenute in una missiva privata.

In coerenza con l’orientamento che caratterizza questa terza fase, la Corte EDU non fa però applicazione dell’art. 10, ma preferisce invocare l’art. 17, pronunciando una decisione di inammissibilità di questo motivo di ricorso, dovuta alla sua incompatibilità *ratione materiae* con la Convenzione⁵⁶⁴. Dopo aver ricordato che l’abuso del diritto è stato ritenuto applicabile nei casi di negazione dell’Olocausto e “in materie correlate” (*related issues*), la Corte ammette che qui non ci si trova dinanzi ad una contestazione né della Shoah, né dell’esistenza delle camere a gas⁵⁶⁵. Verrebbe da pensare che la giurisprudenza sul tema non sia quindi pienamente applicabile. Tuttavia – continuano i giudici, procedendo ad un’interpretazione estensiva – il ricorrente ha negato una *circostanza altrettanto significativa ed accertata* dell’Olocausto, vale a dire l’attribuzione ad Hitler ed al suo partito della pianificazione ed organizzazione dello sterminio degli ebrei⁵⁶⁶. Questa dichiarazione, unita a quella sulla propaganda anti-tedesca entro cui – sempre secondo il ricorrente – le opinioni di Wolffson sarebbero da relegare, dimostra il suo disprezzo verso le vittime di quegli eventi; le espressioni in esame, di conseguenza, non possono godere delle garanzie stabilite dall’art. 10⁵⁶⁷.

⁵⁶² *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the law), par. 2, p. 6.

⁵⁶³ *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the law), par. 2, p. 7.

⁵⁶⁴ *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the law), par. 3, pp. 7-8.

⁵⁶⁵ *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the law), par. 2, p. 8.

⁵⁶⁶ *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the law), par. 2, p. 8, in cui la Corte parla di una “equally significant and established circumstance of the Holocaust”.

⁵⁶⁷ *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the law), par. 2, p. 8.

6.5. La decisione nel caso *Witzsch*: rilievi critici e necessità di procedere ad un’analisi dell’art. 17 CEDU

Witzsch v. Germany (2) è una decisione che ha il pregio di esporre nitidamente alcuni dei difetti originati dall’utilizzo generalizzato dell’art. 17 che caratterizza questa terza fase di giurisprudenza europea sul negazionismo. In primo luogo, appare evidente la stortura cui può condurre lo schema decisorio imposto dall’art. 17 nella sua versione “forte”. Nel caso di specie, questo tipo di *modus procedendi*, che ha rimosso le dichiarazioni del ricorrente dalla protezione convenzionale, ha impedito di tener conto di una fondamentale circostanza, cioè il carattere *privato* dell’espressione. Non sembra inverosimile che, di fronte a qualunque altro tipo di espressione, la Corte EDU avrebbe attribuito estrema importanza a questo elemento di fatto, nel valutare la necessità e la proporzionalità *ex art. 10* di una condanna a tre mesi di reclusione per un reato di opinione⁵⁶⁸.

Tra l’altro, l’impiego della disposizione sull’abuso del diritto solleva lo Stato convenuto dall’onere di addurre lo *scopo legittimo* che la restrizione alla libertà di espressione perseguiva; in *Witzsch* sarebbe stato arduo affermare che la sanzione penale era volta a salvaguardare la pace sociale in Germania, o che essa mirava a prevenire la commissione di reati. Si sarebbe forse potuto richiamare l’interesse alla protezione della reputazione e dei diritti altrui; in ogni caso, non pare che le circostanze del caso avrebbero permesso poi di superare il test di necessità e proporzionalità, visto anche il tenore dello scritto, che mai nega l’Olocausto né le sofferenze degli ebrei, ma sembrerebbe piuttosto ispirato da motivi nazionalisti.

In secondo luogo, questa decisione mette in luce non solo l’indeterminatezza, ma pure – paradossalmente – l’insufficienza, della categoria dei “fatti storici chiaramente stabiliti”. Se il difetto correlato all’eccessiva vaghezza e alla potenziale illimitatezza del concetto risultava evidente – ma forse non ancora

⁵⁶⁸ Critico rispetto all’applicazione dell’art. 17 nel presente caso anche A. TERRASI, *sub art. 17*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve*, cit., p. 582.

decisivo – sin dal principio, solo in *Witzsch* emerge plasticamente il bisogno di rettificare l’orientamento inaugurato in *Lehideux*.

Il nocciolo del problema risiede nell’esatta identificazione del “fatto storico” di cui si predica il definitivo accertamento, e dunque la non contestabilità. Nel momento in cui la Corte fa riferimento, a titolo illustrativo, all’“Olocausto”, non è agevole stabilire quali singole circostanze fattuali questo macro-evento includa. Nel caso *de quo*, ad esempio, l’autore non aveva negato quello che fino ad allora era stato ritenuto il nucleo centrale dello sterminio degli ebrei, che pareva comprendere l’avvenimento in quanto tale, l’esistenza delle camere a gas, il numero delle vittime e la sofferenza da queste patita. Non era quindi scontata l’applicazione dell’art. 17. Eppure, riconoscendo i limiti del termine “Olocausto”, che pare rimandare più che altro al *fatto* nel suo complesso – non all’insieme dei singoli *eventi* che lo costituiscono –, la Corte ne ha ampliato i confini, allargando la nozione fino ad abbracciarne tutte le “circostanze altrettanto significative ed accertate”; tra di esse, la responsabilità diretta di Hitler per l’organizzazione dello sterminio degli ebrei, messa in dubbio da *Witzsch*.

In questo modo si accentua l’indeterminatezza, rispetto ai *clearly established historical facts, such as the Holocaust*, enunciati in *Lehideux*, della formula enunciata in *Witzsch*, che si estende alle *equally significant and established circumstances* dell’evento in questione. Sarebbe lecito, ad esempio, negare il coinvolgimento di un certo individuo nella commissione dei crimini? Oppure occorrerebbe vagliare se si tratta di una persona che ha ricoperto un ruolo apicale nella dinamica delittuosa? Ed affermare che le camere a gas non furono installate in un determinato campo di concentramento, senza metterne in discussione l’utilizzo in altri luoghi? O negare il coinvolgimento nell’Olocausto – non negato in sé – di alcuni Stati, ad esempio quello italiano? In tutti questi casi non occorrerebbe più solo verificare se il fatto contestato è stato “chiaramente accertato”, bensì si dovrebbe procedere all’ulteriore valutazione sul suo essere *significativo* in misura pari all’Olocausto, cioè – seguendo la logica dei ragionamenti delle corti interne finora riportati – decidere se la sua negazione risulti idonea ad incidere in maniera notevole

sulla dignità umana delle vittime⁵⁶⁹. Si tratta, all'evidenza, di accertamenti lasciati alla discrezionalità del giudice, il quale sarà guidato pressoché in via esclusiva dai propri convincimenti personali, dalle proprie sensibilità. La categoria qui in esame porta insomma con sé un forte rischio di arbitri applicativi la cui inaccettabilità dovrebbe portare alla riformulazione di questo orientamento giurisprudenziale.

L'ultima osservazione è prodromica all'indagine che si tenterà di fare nel paragrafo successivo, incentrata sull'abuso del diritto. L'analisi della giurisprudenza della Corte EDU condotta fino a questo momento ha messo in luce come l'art. 17 venga generalmente applicato alle condotte a sfondo razzista o filo-naziste in senso lato. Dai precedenti passati in rassegna sembrava che, nonostante l'abuso del diritto venisse invocato, senza alcuna condizione ulteriore, anche per la negazione dei fatti storici chiaramente stabiliti, la sua applicazione non potesse prescindere, in realtà, da un accertamento della *tendenza razzista* o dell'*ispirazione nazista* della condotta⁵⁷⁰. Solo questi elementi caratterizzanti, difatti, parevano idonei a giustificare l'addotto contrasto con i "valori fondanti" e lo "spirito" della Convenzione, così come sublimati nel suo Preambolo. In *Witzsch* manca

⁵⁶⁹ Qui si aprirebbe un altro problema, concernente l'*identificazione del gruppo di vittime* cui fare riferimento per determinare l'impatto sulla loro dignità delle dichiarazioni negazioniste: solo le vittime che era ragionevole ipotizzare sarebbero venute normalmente a conoscenza del messaggio? Oppure le vittime dell'Olocausto in generale? O, nel caso di contestazione del coinvolgimento dell'Italia, quelle legate in qualche modo alle deportazioni avvenute nel nostro paese?

⁵⁷⁰ Le controversie in tema di negazionismo che hanno visto l'applicazione dell'art. 17 vengono descritte dalla Corte stessa, in un caso successivo, come caratterizzate da "propaganda razzista" o dalla giustificazione di politiche filo-naziste (*Vajnai v. Hungary*, 8 luglio 2008, 33629/06, par. 24-25). Così sembrerebbe avvalorata l'ipotesi secondo cui la negazione dei fatti storici chiaramente stabiliti non potrebbe portare all'applicazione dell'art. 17 se non fosse qualificata da una qualche connessione con l'ideologia nazista (in questo senso, sebbene con qualche dubbio, CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause*, cit., p. 63). Va inoltre fatto presente che i casi analizzati mostrano come l'accertamento del carattere razzista o dell'ispirazione nazista delle condotte sia stato quasi sempre solo quello svolto dalle corti interne, poi meramente accettato dalla Corte (o dalla Commissione) EDU, che in questo ambito ha dimostrato estrema – forse eccessiva – deferenza verso le valutazioni delle autorità nazionali.

tuttavia questo tipo di connotazione; l'abuso del diritto sembra semmai essere collegato al *disprezzo verso le vittime dell'Olocausto* dimostrato dalle espressioni del ricorrente⁵⁷¹. Si potrebbe certo sostenere che questo sentimento equivale ad un indice di adesione al razzismo o alle politiche naziste. Tuttavia pare indispensabile tentare di enucleare in modo più approfondito i presupposti applicativi dell'art. 17, vale a dire individuare quei "related issues",⁵⁷² che, in aggiunta alla negazione dell'Olocausto e dei fatti storicamente stabiliti, non meritano la protezione della CEDU e si collocano – in ragione del loro *contenuto* – all'esterno del suo ambito di applicazione⁵⁷³.

Sezione II: La clausola sull'abuso del diritto: natura, presupposti, campo di applicabilità

7. L'area di applicabilità dell'art. 17 CEDU

In numerosi casi tra quelli sopra esaminati la Corte ha chiarito che le attività *in contrasto con i valori sottostanti la CEDU* – altrove identificate anche come quelle contrarie "al testo e allo spirito" della stessa – sono rimosse

⁵⁷¹ Cfr. *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the law), par. 2, p. 8, in cui si fa riferimento all'"applicant's disdain towards the victims of the Holocaust". Di conseguenza: "The Court finds that the views expressed by the applicant ran counter to the text and the spirit of the Convention. Consequently, he cannot, in accordance with Article 17 of the Convention, rely on the provisions of Article 10 as regards his statements at issue".

⁵⁷² Cfr. *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the law), par. 2, p. 8, in cui la Corte osserva come l'art. 17 abbia impedito l'applicazione dell'art. 10 nei casi riguardanti "Holocaust denial and related issues".

⁵⁷³ Si procederà ad esaminare l'art. 17 solamente nella sua "applicazione verticale", tralasciando in quanto non attinente agli scopi di questo lavoro la sua "applicazione orizzontale"; per questa distinzione, v. S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne*, cit., p. 550. Per gli stessi motivi, non verrà presa in considerazione nemmeno la norma dell'art. 17 indirizzata agli Stati, per la quale si rinvia a A. TERRASI, *sub art. 17*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve*, cit., pp. 572-573.

dall'ambito di protezione convenzionale⁵⁷⁴. Tale nozione, in base a quanto finora visto, includerebbe le espressioni pro-naziste e quelle che negano fatti storici chiaramente stabiliti. In realtà, si è già avanzata l'ipotesi secondo cui le seconde chiamano in causa l'art. 17 proprio in quanto ritenute incluse nelle prime. Alcuni casi "di confine" hanno infatti evidenziato come l'utilizzo della disposizione sull'abuso del diritto si sia sviluppato in riferimento alle attività naziste e sia stato successivamente esteso al negazionismo in virtù della frequente sovrapposizione tra quest'ultimo e le prime; tra le due categorie si configurerebbe insomma un rapporto di genere a specie⁵⁷⁵. Si vedrà tuttavia che questa ricostruzione teorica, ad un'analisi più approfondita, si palesa insufficiente a spiegare la giurisprudenza della Corte sull'art. 17.

Le opinioni dissenzienti in *Lehideux* costituiscono un buon punto di partenza per cercare di mettere a fuoco il campo d'azione "a geometria variabile"⁵⁷⁶ di questo potente – ed intrinsecamente illiberale – strumento giuridico. Una di esse richiama le origini dell'art. 17, introdotto come reazione ai regimi totalitari, specialmente europei, che avevano dominato il panorama politico fino alla fine della seconda guerra mondiale⁵⁷⁷. Il giudice Jambrek ritiene inoltre che, sebbene nata con specifico riferimento alle esperienze autoritarie di quei tempi, tale disposizione giocherebbe un ruolo fondamentale anche oggi, come baluardo eretto a difesa dello Stato di diritto, della società democratica e delle sue istituzioni⁵⁷⁸. Ne prefigura quindi l'utilizzo nei

⁵⁷⁴ Sul significato e la portata dei "valori" estrapolati dal testo convenzionale dalla Corte EDU, v. L. GARLICKI, "*Constitutional Values*" and the Strasbourg Court, in *Acta Societatis Martensis*, vol. 4, 2009/2010, pp. 13-21. È interessante notare come anche in un altro celebre caso la Corte abbia fatto riferimento ai valori sottostanti alla Convenzione – identificati nel comune patrimonio di tradizioni politiche, ideali e rispetto per lo Stato di diritto cui fa riferimento il Preambolo – per derivare dal divieto assoluto di tortura consacrato nell'art. 3 un'interdizione ad estradare un individuo verso un paese in cui vi sia un sostanziale pericolo che egli venga sottoposto a pratiche di questo tipo, *Soering v. United Kingdom*, Plenary, 7 luglio 1989, 14038/88, par. 88.

⁵⁷⁵ V. *supra*, § III.5.5.

⁵⁷⁶ A. SPIELMANN, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit*, cit., p. 682.

⁵⁷⁷ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., *Concurring Opinion of Judge Jambrek*, par. 3.

⁵⁷⁸ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., *Concurring Opinion of Judge Jambrek*, par. 3-4.

confronti di azioni dirette a diffondere od incoraggiare odio e violenza, ma anche contro quelle che fanno ricorso a metodi illegali o anti-democratici, quelle che tendono a minare il sistema politico democratico e pluralista o a perseguire obiettivi razzisti o che mettono in pericolo i diritti e le libertà altrui⁵⁷⁹. Nonostante il giudice condivida la necessità di un'applicazione ristretta della norma, i casi da lui esemplificati mostrano l'ampiezza potenzialmente smisurata delle condotte che si vorrebbero sottratte alla protezione della CEDU.

Questa opinione dissenziente bene introduce l'analisi che ci si appresta a condurre intorno alle decisioni che applicano, rifiutano di applicare, ignorano o menzionano l'art. 17. Oggetto per lungo tempo di rari e sporadici richiami, tale disposizione è stata invocata dai governi resistenti, e talvolta applicata dalla Corte, in un numero crescente di ipotesi⁵⁸⁰. Passandole ora in rassegna, ci si prefigge di dedurre quali presupposti, in aggiunta a quelli connessi con razzismo, nazismo e negazionismo, hanno guidato l'utilizzo della clausola dell'abuso del diritto.

7.1. La protezione del sistema democratico contro i totalitarismi

7.1.1. *Le prime pronunce*

Come rivelato dai già citati lavori preparatori, la clausola sull'abuso del diritto – entrata per la prima volta in un testo normativo nel 1948 con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo – fu concepita per proteggere i sistemi democratici dalle correnti totalitarie⁵⁸¹. Lasciatisi da poco alle spalle l'esperienza storica dei regimi autoritari che condussero agli orrori della Seconda guerra mondiale, i padri della Convenzione decisero dunque di

⁵⁷⁹ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., *Concurring Opinion of Judge Jambrek*, par. 2.

⁵⁸⁰ H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause*, cit., pp. 62-63, i quali osservano come l'attuale raggio d'azione della clausola sull'abuso del diritto si sia oramai emancipato dalla *ratio* originaria; aggiungono poi, in modo non del tutto lineare (cfr. la loro nota 36), che l'effettiva applicazione dell'art. 17 è stata finora confinata a casi in qualche modo legati all'ideologia nazista. In realtà, si vedrà nel prosieguo di questo lavoro come questo aspetto non possa essere considerato determinante.

⁵⁸¹ V. *supra*, § III.2.3.

aderire all'idea popperiana del paradosso della tolleranza, negando i principi e le libertà convenzionali a coloro che se ne sarebbero serviti per distruggerli.

Riprendendo questa concezione, la Commissione EDU, nella sua prima decisione facente diretta applicazione dell'art. 17, ha stabilito che lo scopo dell'art. 17 riposa nella protezione del libero funzionamento delle istituzioni democratiche, lasciando trasparire la convinzione che siano esse le più idonee a salvaguardare i diritti enumerati dalla Convenzione⁵⁸². Nel caso di specie, i giudici europei hanno ritenuto legittima la dissoluzione del Partito Comunista tedesco, stante il suo obiettivo – che emergeva nel suo programma – di imporre un ordine sociale comunista per mezzo della rivoluzione e della dittatura del proletariato, che costituisce un'attività tendente alla distruzione o alla limitazione di una serie di diritti e libertà convenzionali⁵⁸³.

Un altro esempio di diretta applicazione della clausola è rappresentato dal già citato caso *Glimmerveen and Hagenbeek*, che riguarda espressioni di inequivocabile stampo razzista, in cui la Commissione ha negato che i ricorrenti possano beneficiare della libertà di espressione per attività giudicate contrarie alla lettera e allo spirito della Convenzione⁵⁸⁴. È utile osservare

⁵⁸² *Parti Communiste d'Allemagne c. Allemagne*, cit., p. 4.

⁵⁸³ *Parti Communiste d'Allemagne c. Allemagne*, cit., pp. 4-5. L'applicazione dell'art. 17 nel presente caso è stata ampiamente criticata dalla dottrina: v., ad esempio, P. LE MIRE, *sub Article 17*, cit., p. 513 (che la dichiara “audace”); A. SPIELMANN, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit*, cit., p. 683 (che la ritiene “discutibile”, troppo estensiva e severa); J.A. FROWEIN, *sub art. 17 – Verbots des Missbrauchs der Rechte*, in J.A. FROWEIN, W. PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention - EMRK Kommentar*, 3° ed., Kehl, 2009, p. 432 (“Es ist mit Recht darauf hingewiesen worden, dass diese Formulierung zu weit geht, weil sie den Anschein erweckt, als ob alle Konventionsrechte ausgeschlossen seien”); Y. ARAI, *Prohibition of Abuse of the Rights [...]*, in P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention*, cit., p. 1087 (che critica in particolare il fatto che non vi sia stata un'indagine sulle effettive attività del partito, ma la decisione sia stata presa sulla sola base del suo programma).

⁵⁸⁴ V., altresì, *Lawless v. Ireland (3)*, 1° luglio 1961, 332/57, (the law), par. 7, in cui la Corte si sofferma nuovamente sulla definizione delle attività escluse dalla protezione della CEDU in virtù dell'art. 17, che pur non viene applicato a quel caso. Nell'ambito di intervento di questa disposizione – affermano i giudici – ricadrebbero quelle condotte miranti alla soppressione o alla limitazione dei diritti e delle libertà anzidetti; essa perciò

come, in questa fase iniziale, dell'art. 17 sia stata fatta un'applicazione estremamente rara, limitata essenzialmente ai due casi appena tratteggiati e agli esaminati casi di negazionismo, tanto che ancora nel 2001 vi era chi parlava di una sua "très large sous-utilisation jurisprudentielle"⁵⁸⁵.

7.1.2. *Lo scioglimento dei partiti antidemocratici: alla ricerca di un equilibrio tra democrazia, Convenzione e abuso del diritto*

A meglio definire i rapporti tra abuso del diritto, democrazia e totalitarismo è intervenuto un consistente corpus giurisprudenziale, sviluppatosi a cavallo tra i due secoli, in tema di dissoluzione di partiti politici. I casi provengono per la gran parte dalla Turchia e riguardano la lamentata violazione dell'art. 11 – che enuncia la libertà di associazione – cagionata dallo scioglimento coatto di alcuni partiti i quali, a giudizio delle autorità nazionali, avrebbero perseguito obiettivi in contrasto con il rispettivo dettato costituzionale. Sovente, si trattava di organizzazioni politiche a sostegno del riconoscimento del popolo curdo, che sposavano scopi separatisti o che miravano all'imposizione della *sharia*.

Per questo, lo Stato resistente, talvolta anche nel corso del procedimento interno, invocava l'art. 17 per giustificare la restrizione alle libertà individuali che la misura adottata necessariamente comportava, adducendo che il gruppo o l'individuo, se non sanzionato, avrebbe abusato (o continuato ad abusare) dei diritti convenzionali. Ciò si verificherebbe, a parere del governo, quando

impedirebbe che gruppi o individui possano fruire delle garanzie della Convenzione per impegnarsi in tali attività. Al contrario, come confermato in *Varela Geis c. Espagne*, 5 marzo 2013, 61005/09, par. 40, la clausola sull'abuso del diritto non può privare una persona fisica dei diritti fondamentali garantiti dagli artt. 5 e 6 della CEDU.

⁵⁸⁵ S. S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne*, cit. p. 543, che spiegava questa "disaffezione" degli organi di Strasburgo verso l'art. 17 richiamando tre ordini di ragioni: *a)* la relatività storica della disposizione, essendo essa figlia di un'epoca oramai superata; *b)* il timore che essa possa poi incoraggiare pratiche liberticide da parte degli Stati; *c)* la sua contrarietà all'"*habitus judicandi*" del giudice europeo dei diritti dell'uomo, che sarebbe più propenso ad effettuare un giudizio di bilanciamento, mentre l'art. 17 implica un ragionamento relativamente meccanico. Di un utilizzo "parsimonioso" parlava nel 1998 anche A. SPIELMANN, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit*, cit., p. 674.

un partito si richiami al comunismo o distingua tra popolo turco e popolo curdo, riconoscendo a quest'ultimo il diritto di fondare uno Stato separato; in questo modo verrebbe difatti minacciata l'unità politica e territoriale dello Stato ed il suo ordine costituzionale, giustificando l'uso della violenza e promuovendo ostilità tra le varie fazioni della società turca⁵⁸⁶. Ad avviso dell'autorità giudiziaria interna, anche le attività contrarie ai principi di secolarismo – essendo questi considerati coesenziali al sistema democratico – autorizzerebbero l'impiego dell'art. 17; ciò sarebbe valido *a fortiori* in Turchia, in ragione dell'esperienza storica del paese e delle peculiari caratteristiche dell'islam⁵⁸⁷. In un caso, in particolare, si rappresentava come i membri di quel partito intendessero sostituire l'ordine democratico con un sistema basato sulla sharia⁵⁸⁸.

Nell'ambito di questo filone giurisprudenziale, la Corte ha colto l'occasione per evidenziare il rilievo supremo attribuito dalla CEDU alla democrazia, considerata un elemento primario dell'"ordine pubblico europeo" e l'unico modello politico compatibile con il sistema convenzionale⁵⁸⁹. Dichiarando che il mantenimento e la piena realizzazione dei diritti umani sono meglio assicurati da un effettivo regime democratico, il Preambolo della Convenzione – ad avviso dei magistrati europei – traccia una chiara connessione tra

⁵⁸⁶ *United Communist Party of Turkey and others v. Turkey*, GC, 30 gennaio 1998, 19392/92, par. 20-21; *Socialist Party and others v. Turkey*, GC, 25 maggio 1998, 21237/93, par. 26-27; *Freedom and Democracy Party (Özdep) v. Turkey*, GC, 8 dicembre 1999, 23885/94, par. 14; *Yazar and others v. Turkey*, 9 aprile 2002, 22723/93, 22724/93 e 22725/93, par. 22-23; *Parti Socialiste de Turquie (STP) et autres c. Turquie*, 12 novembre 2003, 26482/95, 15-19.

⁵⁸⁷ *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*, GC, 13 febbraio 2003, 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, par. 22-40. Per un commento su questa e altre sentenze in tema di scioglimento di partiti politici, v. C. BOLOGNA, *Ordine pubblico europeo e scioglimento dei partiti politici: verso la protezione della democrazia europea?*, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Torino, 2011, pp. 453 ss.

⁵⁸⁸ *Refah Partisi v. Turkey*, cit., par. 40.

⁵⁸⁹ *United Communist Party v. Turkey*, cit., par. 45.

democrazia e CEDU⁵⁹⁰. Quest'ultima è stata concepita proprio per promuovere i valori e gli ideali della società democratica, quali risultano dal "patrimonio comune" di tradizioni ed ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto⁵⁹¹.

Uno dei tratti principali della democrazia – proseguono i giudici – risiede nella possibilità che essa offre di affrontare i problemi di un paese mediante il dialogo, senza ricorso alla violenza, anche quando appaiano allarmanti⁵⁹². Non è consentito perciò al governo di richiedere l'esclusione di un partito politico dalla protezione convenzionale in ragione del mero fatto che le sue attività sono ritenute una minaccia all'ordine costituzionale dello Stato⁵⁹³. I partiti politici, infatti, esercitano una fondamentale funzione nella società, assicurando il pluralismo e il corretto funzionamento della democrazia⁵⁹⁴.

Tale manifesto a favore delle libertà democratiche non poteva non spingere la Corte a mettere in luce anche il suo contraltare. I diritti sanciti dalla Convenzione non impediscono infatti alle autorità statali di difendere le istituzioni da coloro che le mettono in pericolo⁵⁹⁵. Ne discende la necessità di raggiungere un compromesso tra l'esigenza di preservare l'ordine democratico e l'imperativo di salvaguardare, al contempo, i diritti individuali⁵⁹⁶; tale

⁵⁹⁰ *United Communist Party v. Turkey*, cit., par. 45; v., altresì, *Glaser v. Germany*, Report of the Commission, 11 maggio 1984, 9228/80, par. 88-89 (in cui già la Commissione EDU richiamava il testo del Preambolo della CEDU in cui si afferma che "an effective political democracy is intimately linked with the protection of fundamental freedoms").

⁵⁹¹ *United Communist Party v. Turkey*, cit., par. 45.

⁵⁹² *United Communist Party v. Turkey*, cit., par. 57.

⁵⁹³ *Socialist Party v. Turkey*, cit., par. 29.

⁵⁹⁴ *Socialist Party v. Turkey*, cit., par. 41.

⁵⁹⁵ *United Communist Party v. Turkey*, cit., par. 32.

⁵⁹⁶ Questa affermazione si ritrovava già nel c.d. *Belgian linguistic case: Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium*, Plenary, 23 luglio 1968, 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, (the law), sez. I(B), par. 5 ("The Convention therefore implies a just balance between the protection of the general interest of the Community and the respect due to fundamental human rights while attaching particular importance to the latter").

interazione tra interessi generali e libertà individuali – osservano ancora i giudici – informa l'intero sistema convenzionale⁵⁹⁷.

In questo contesto, l'art. 17 sembra ergersi ad estremo difensore del sistema democratico, in veste di strumento legittimato, in casi eccezionali, a torcere il bilanciamento di cui sopra volgendolo in favore degli interessi della comunità nel suo complesso. Non si può difatti escludere che un gruppo politico invochi le libertà della Convenzione per intraprendere attività tese a sopprimerne l'esercizio, determinando così la fine della democrazia⁵⁹⁸. Questo pericolo è ritenuto verosimile dai giudici in considerazione degli esempi forniti dalla storia europea più recente, in cui movimenti totalitari hanno prosperato nell'ambito dei regimi democratici per poi smantellarli⁵⁹⁹. L'art. 17 interviene allora per bloccare i tentativi di indebolire i valori e gli ideali democratici, talvolta al prezzo di una limitazione dei diritti individuali, tesa a garantire una maggior *stabilità* del paese nel suo complesso⁶⁰⁰. A tal fine, uno Stato può adottare specifiche misure per proteggere se stesso, nel quadro della *streitbare Demokratie* – un modello politico la cui legittimità è stata ammessa dai giudici di Strasburgo, a condizione che venga raggiunto un ragionevole bilanciamento tra diritti individuali ed interessi collettivi⁶⁰¹ –.

7.1.3. *Rispetto dei principi democratici e limiti della wehrhafte Demokratie*

Nell'analisi delle circostanze dei casi sottoposti al suo esame, la Corte ha dato applicazione ai principi appena enunciati, facendone emergere ulteriori risvolti. In quella che sembra essere la specificazione della regola secondo cui l'art. 17 si applica agli atti finalizzati alla distruzione dei diritti

⁵⁹⁷ *Refah Partisi v. Turkey*, cit., par. 96.

⁵⁹⁸ *Ždanoka v. Latvia*, GC, 16 marzo 2006, 58278/00, par. 99.

⁵⁹⁹ *Refah Partisi v. Turkey*, cit., par. 99.

⁶⁰⁰ Cfr. *Refah Partisi v. Turkey*, cit., par. 99.

⁶⁰¹ *Ždanoka v. Latvia*, cit., par. 100. Sull'evoluzione dell'interpretazione del concetto di democrazia militante data dalla Corte, v. P. HARVEY, *Militant Democracy and the European Convention on Human Rights*, in *European Law Review*, 2004, pp. 407-420. Collega l'art. 17 alle esigenze di stabilità ed efficacia della democrazia anche J. MEYER-LADEWIG, *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar*, 3° ed., Baden-Baden, 2011, p. 294.

convenzionali⁶⁰², i magistrati hanno concentrato l'attenzione sul rispetto, da parte dei ricorrenti, dei principi democratici. Ciò significa che non potranno essere sciolti, nemmeno invocando l'abuso del diritto, quei partiti che – nonostante si richiamino alla dottrina comunista o alla sharia – non violino le regole della democrazia e anzi ne accettino gli strumenti delle elezioni e dei referendum, né facciano appello all'uso della violenza o alla sollevazione popolare⁶⁰³.

Anche il mutamento delle strutture costituzionali di uno Stato può essere un obiettivo legittimamente perseguito, purché rispetti alcune condizioni. I programmi politici possono mettere in discussione il modo in cui uno Stato è organizzato, fintantoché non provocano alcun danno alla democrazia⁶⁰⁴. Più nello specifico, occorre che *a)* i mezzi prefigurati per attuare il cambiamento siano legali e democratici, e *b)* il cambiamento proposto sia esso stesso compatibile con i *principi democratici fondamentali*⁶⁰⁵. I giudici di Strasburgo hanno altresì ammesso come agli Stati non possa essere richiesto di attendere oltremisura, prima di intervenire per far cessare l'attività di gruppi che non si conformino agli standard democratici. Occorre però dimostrare il concreto rischio che essi rappresentano per la democrazia e la *sufficiente imminenza* di tale pericolo, che deve aver “preso forma” ed essere “diventato reale”⁶⁰⁶; lo scioglimento di un partito inneggiante alla sharia, ad esempio, è stato convalidato dando peso al fatto che esso avesse una considerevole possibilità (*real potential*) di andare al potere senza bisogno di entrare in coalizione con

⁶⁰² Cfr. come l'esame sulla possibilità di applicare l'art. 17 sia stato svolto al termine delle valutazioni sulla violazione degli artt. 10 e 11, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto in *United Communist Party v. Turkey*, cit., par. 32, 60; *Socialist Party v. Turkey*, cit., par. 29, 53; *Freedom and Democracy Party v. Turkey*, cit., par. 47; *Refah Partisi v. Turkey*, cit., par. 96.

⁶⁰³ *Socialist Party v. Turkey*, cit., par. 46; *Freedom and Democracy Party v. Turkey*, cit., par. 40.

⁶⁰⁴ *Socialist Party v. Turkey*, cit., par. 47; *Freedom and Democracy Party v. Turkey*, cit., par. 41.

⁶⁰⁵ *Yazar and others v. Turkey*, cit., par. 49; *Refah Partisi v. Turkey*, cit., par. 98.

⁶⁰⁶ *Refah Partisi v. Turkey*, cit., par. 102, 104, 110.

altri partiti, così rendendo concreto il pericolo rappresentato dall'attuazione del suo programma⁶⁰⁷.

Come si faceva cenno in precedenza, dunque, la Corte non potrà ratificare le decisioni nazionali di dissoluzione dei partiti ove non emerga, da parte di questi, un appoggio o una giustificazione dell'*uso della violenza* o di altri metodi illegali a fini politici⁶⁰⁸. Quand'anche vi sia stato un appello all'impiego di mezzi violenti, alla rivolta popolare o a qualunque altra forma di rifiuto dei principi democratici, ciò non pare giustificare di per sé la chiamata in causa dell'art. 17, né sembra condurre all'automatico superamento del vaglio europeo sulla necessità della misura in questione. Piuttosto, tale circostanza giustificherà un più ampio margine di apprezzamento in capo alle autorità nazionali, senza elidere comunque il controllo delle istituzioni di Strasburgo⁶⁰⁹.

Nemmeno il diritto di autodeterminazione dei popoli si pone necessariamente in contrasto con le regole basilari della democrazia, qualora non comporti il rigetto del metodo democratico⁶¹⁰. Tuttavia, la Corte si è prudentemente astenuta dal pronunciarsi chiaramente sulla questione della legittimità in sé degli scopi separatisti e, quindi, sulla possibilità per le autorità nazionali di attuare misure restrittive per tutelare l'integrità territoriale⁶¹¹. Ha invece

⁶⁰⁷ *Refah Partisi v. Turkey*, cit., par. 108-109.

⁶⁰⁸ *Yazar and others v. Turkey*, cit., par. 55, 60; *Parti Socialiste de Turquie (STP) c. Turquie*, cit., par. 45.

⁶⁰⁹ *Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, 2 ottobre 2001, 29221/95 e 29225/95, par. 90.

⁶¹⁰ *Yazar and others v. Turkey*, cit., par. 57; *Parti Socialiste de Turquie (STP) c. Turquie*, cit., par. 43.

⁶¹¹ *Yazar and others v. Turkey*, cit., par. 58 (in cui si osserva come non sia stato dimostrato dal governo che il partito disciolto avrebbe avuto una qualche reale possibilità di imporre una soluzione senza l'accordo di tutte le forze politiche in campo); *Parti Socialiste de Turquie (STP) c. Turquie*, cit., par. 43 (in cui i giudici escludono che il partito abbia incoraggiato la separazione dei curdi dalla Turchia). Cfr., tuttavia, *Stankov v. Bulgaria*, cit., par. 97 (in cui la Corte dichiara che le richieste secessioniste avanzate da un gruppo non giustificano *per se* l'imposizione di un divieto di tenere assemblee; tali proposte, anche se fatte pubblicamente, e sempre che non incitino alla violenza o rigettino i principi democratici, non determinano automaticamente una minaccia per l'integrità territoriale). Se

dichiarato con nettezza che promuovere l'espulsione di alcune persone da una certa zona sulla base della loro origine etnica equivarrebbe alla "completa negazione della democrazia"⁶¹². Anche lo scopo di introdurre in uno Stato una pluralità di sistemi legali, applicati ai cittadini sulla base della religione di appartenenza, non è compatibile con la Convenzione, poiché implicherebbe una discriminazione tra individui, i quali non godrebbero allo stesso modo dei diritti umani fondamentali⁶¹³. Contro i valori democratici inerenti la CEDU si pone, infine, la sharia, avendo particolare riguardo alle sue leggi di diritto e procedura penale, alle sue regole sullo status della donna e al modo in cui interferisce in tutte le sfere della vita pubblica e privata⁶¹⁴. Nonostante ciò, è stata giudicata lesiva della libertà di espressione la punizione del capo di una setta islamica per i discorsi estremisti pronunciati durante un dibattito televisivo, in quanto non accompagnati da un incitamento ad imporre la sharia con la violenza⁶¹⁵.

7.1.4. *Il rilievo primario attribuito alle concrete circostanze storico-politiche*

Nel valutare la necessità di una data limitazione dei diritti individuali, i magistrati europei hanno messo l'accento sul ruolo centrale assunto dal

nelle prime due decisioni, dunque, la Corte ha schivato la questione della legittimità in sé dello scopo separatista dei curdi – limitandosi a rilevare come nei casi di specie tale scopo non emergesse con univocità –, nell'ultima sembra ammettere, tra le righe, che una concreta minaccia all'integrità territoriale potrebbe giustificare misure restrittive.

⁶¹² *Stankov v. Bulgaria*, cit., par. 100.

⁶¹³ *Refah Partisi v. Turkey*, cit., par. 119.

⁶¹⁴ *Refah Partisi v. Turkey*, cit., par. 123.

⁶¹⁵ *Gündüz v. Turkey*, 4 dicembre 2003, 35071/97, par. 51 (si tratta di un caso in cui il leader di una setta islamica, nel corso di un dibattito televisivo, aveva espresso opinioni qualificate dalle corti interne come incitamento all'odio religioso; esse comprendevano insulti ai figli nati da matrimonio civile – apostrofati come "bastardi" –, critiche al sistema democratico – definito "impietoso" – e un elogio della sharia, che "arriverà, eccome se arriverà!". L'accertamento di una violazione dell'art. 10 è derivato dalla valorizzazione dello specifico contesto in cui le dichiarazioni del leader religioso sono state esternate, consistente in un dibattito in cui la sua visione era controbilanciata da quella degli altri ospiti del programma televisivo).

contesto storico dello Stato di riferimento⁶¹⁶. Se, da un lato, approvavano la decisione delle autorità turche di sciogliere un partito che si rifaceva alla sharia – giudicando quest’ultima incompatibile con gli ideali democratici –, i giudici hanno lasciato trasparire come si tratti di un *dictum* non necessariamente generalizzabile. Non sembrerebbe da escludere, cioè, che, in altre circostanze, un partito animato da simili principi religiosi non possa pienamente beneficiare del diritto di associazione. Nel caso di specie, lo scioglimento è stato ritenuto conforme al dettato convenzionale tenendo in considerazione il contesto storico della Turchia – che ha già vissuto in passato l’esperienza del fondamentalismo religioso –, in cui centrale rilievo assume, per la stessa sopravvivenza della democrazia, il principio di laicità dello Stato (*secularism*)⁶¹⁷.

Un’altra decisione in cui affiora nitidamente l’importanza del contesto storico di riferimento riguarda l’ineleggibilità di un candidato alle elezioni parlamentari in Lettonia, imposta dalla legge a causa della sua precedente “attiva partecipazione” nel Partito comunista lettone durante un arco temporale in cui tale organizzazione mirava a (ri)prendere il potere, tentando due (falliti) colpi di stato⁶¹⁸. Nel giudicare la restrizione necessaria e proporzionata, la Corte prende in considerazione, come fattore cruciale, lo “specialissimo contesto storico-politico” del paese, da cui discende un ampio margine di apprezzamento da lasciare alle autorità statali, meglio posizionate per determinare l’entità delle minacce al nuovo ordine democratico e i mezzi adatti a fronteggiarle⁶¹⁹. Le stesse misure, quindi, difficilmente sarebbero considerate accettabili nel contesto di un paese il cui sistema politico democratico abbia radici più stabili e profonde⁶²⁰. Seppure non attraverso la diretta applicazione dell’art. 17, la vicenda in esame mostra come la *ratio*

⁶¹⁶ Per uno studio sui diversi utilizzi del contesto storico di un paese da parte della Corte di Strasburgo, con dovizia di riferimenti giurisprudenziali, v. A. BURATTI, *L’uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista telematica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2012.

⁶¹⁷ *Refah Partisi v. Turkey*, cit., par. 105, 124-125.

⁶¹⁸ *Ždanoka v. Latvia*, cit.

⁶¹⁹ *Ždanoka v. Latvia*, cit., par. 121-124, 133-134.

⁶²⁰ *Ždanoka v. Latvia*, cit., par. 133.

sottesa a tale disposizione – che concede cittadinanza convenzionale alla nozione di democrazia militante – sia comunque andata a plasmare il giudizio di conformità alla CEDU delle restrizioni nazionali giustificate con la necessità di difendere una ancora giovane democrazia da gruppi o individui potenzialmente intenzionati a restaurare il passato regime totalitario.

Le esigenze di difesa della democrazia fanno da sfondo anche ad una serie di controversie concernenti la validità del “dovere di fedeltà politica” talvolta richiesto dalle autorità statali a determinate categorie di pubblici dipendenti. In *Vogt v. Germany* il ricorrente aveva subito un licenziamento disciplinare, che poneva fine al suo rapporto di impiego come insegnante della scuola pubblica, a causa delle attività politiche intraprese in qualità di aderente al Partito comunista tedesco⁶²¹. Il governo resisteva in giudizio confermando le ragioni sottese al generale obbligo di fedeltà verso la costituzione imposto ai *civil servants*; le autorità nazionali motivavano inoltre la rottura del rapporto lavorativo con Vogt con la mancata dissociazione, da parte dell’insegnante, da un partito che esprimeva punti di vista in contrasto con il libero sistema democratico tratteggiato dalla Legge fondamentale tedesca. La Corte, anche in questa occasione, valuta l’interferenza statuale alla luce dell’esperienza storica dello Stato resistente. A tale riguardo, convalida lo scopo perseguito dal generalizzato obbligo di fedeltà richiamando la nozione di democrazia protetta, sulla quale è stato deciso di fondare la Repubblica federale tedesca dopo il fallimento di Weimar e la catastrofe del nazismo⁶²². L’organo di Strasburgo attribuisce un forte peso all’esperienza storica della Germania, considerando altresì la particolare posizione di questo Stato nel contesto politico di allora⁶²³. Questi elementi forniscono ulteriore giustificazione alla

⁶²¹ *Vogt v. Germany*, GC, 26 settembre 1995, 17851/91, par. 8-23, 54, 58.

⁶²² *Vogt v. Germany*, cit., par. 51.

⁶²³ *Vogt v. Germany*, cit., par. 59. Cfr. *Kosiek v. Germany*, 28 agosto 1986, 9704/82, *Partly Dissenting Opinion of Judge Spielmann*, par. 26, 28-29, 33 (opinione che critica la memoria difensiva del governo convenuto in cui, per giustificare la necessità di una misura restrittiva, viene richiamata l’esperienza storica fallimentare della Repubblica di Weimar; lo stato della Germania federale di oggi, infatti, non sarebbe comparabile – a più di quarant’anni dalla fine della seconda guerra mondiale – alla condizione in cui il sistema politico pre-nazista collassò). Cfr., tra l’altro, C. GUSY, *Weimar – die wehrlose Republik?*, Tübingen, 1991;; D.

scelta di adottare il sistema della *wehrhafte Demokratie*, da cui discende l'anzidetto dovere di fedeltà politica⁶²⁴. Nonostante il margine di apprezzamento che ciò conferisce alle autorità nazionali, la misura applicata contro il ricorrente, tenendo conto di tutte le circostanze del caso, è dichiarata sproporzionata; tra gli altri motivi, i giudici osservano come non vi sia alcuna prova che Vogt abbia posto in essere attività o espresso opinioni di carattere anticostituzionale⁶²⁵. Anche in questo caso, dunque, l'ingerenza statale è stata sottoposta ad un giudizio di bilanciamento con gli interessi ad essa contrapposti.

Le decisioni appena esposte dimostrano come i giudici di Strasburgo, nel valutare la legittimità delle misure tese a consolidare o difendere la democrazia, abbiano assunto a fattore essenziale il contesto storico e politico dello Stato resistente. Si è visto, d'altra parte, come ciò non sempre abbia condotto ad una conferma delle misure restrittive, ma piuttosto al riconoscimento di un più ampio margine di apprezzamento statale, sempre soggetto però ad un rigoroso controllo europeo. L'orientamento ha trovato seguito in alcune pronunce successive. In *Rekvénki v. Hungary*, ad esempio, il divieto di esercitare attività politica imposto agli appartenenti alle forze

OBERNDÖRFER, *Germany's 'Militant Democracy': An Attempt to Fight Incitement Against Democracy [...]*, in D. KRETZMER, F.K. HAZAN (a cura di), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, L'Aia, 2000, spec. pp. 241-242 (in cui viene ritenuto ormai dimostrato come la Repubblica di Weimar, a differenza di quanto si sostiene comunemente, fosse dotata dei mezzi necessari per difendersi dalla minaccia dell'estremismo, ma non ne avrebbe fatto uso per motivi politici. Insomma, come il suo collasso non sarebbe da attribuire a debolezze costituzionali, bensì a complessi fattori economico-politici, così il successo della rifondata Repubblica federale di Germania non andrebbe attribuito alle disposizioni sulla *streitbare Demokratie*).

⁶²⁴ *Vogt v. Germany*, cit., par. 59.

⁶²⁵ *Vogt v. Germany*, cit., par. 60-61. Il caso ha fortemente diviso la Grand Chamber, che ha emesso la sua decisione con una maggioranza di 10 voti a 9. I giudici dissenzienti avrebbero dato maggior rilievo alle circostanze storico-politiche della Germania – uno Stato “mutilato” e con un popolo diviso –, valutando quindi necessaria e proporzionata l'interferenza statale in parola (v. *Dissenting opinion of Judge Jambrek* e *Joint Dissenting Opinion of Judges Bernhardt, Gölcüklü, Matscher, Loizou, Mifsud Bonnici, Gotchev, Jungwiert and Kuris*).

dell'ordine ha superato il vaglio di necessità e proporzione in ragione delle circostanze storiche dell'Ungheria⁶²⁶. Durante il regime totalitario, infatti, il paese aveva vissuto l'esperienza di una polizia compromessa con il partito al potere; di qui l'esigenza di garantire la neutralità di questa fondamentale struttura, assicurando la sua fedeltà all'attuale ordine costituzionale. Altre decisioni che attribuiscono rilievo al passato storico di un paese provengono dalla Germania, in cui è stata riconosciuta, proprio su tali basi, la legittimità di misure restrittive adottate nei confronti di pubblici dipendenti che militavano in partiti ritenuti di estrema destra⁶²⁷.

7.1.5. *I principi dedotti: riepilogo*

La disamina appena effettuata consente di dedurre alcuni principi utili a delucidare i presupposti applicativi dell'art. 17. Si è visto come, nei casi esaminati, questa disposizione non sia mai stata fatta oggetto di diretta applicazione. Tuttavia la sua *raison d'être* ha permeato il giudizio della Corte EDU sulla compatibilità della misura restrittiva ogniqualvolta l'interferenza statale si sia configurata come azione volta a *difendere la democrazia* dalle minacce di chi non ne rispetta (o non ne rispetterebbe) le regole fondamentali. Talvolta, specialmente nei sistemi di democrazia protetta, la logica sottesa all'abuso del diritto è emersa nella valutazione circa la legittimità dello scopo perseguito dalla misura restrittiva, talaltra ha influenzato il vaglio di necessità e proporzione. In ogni caso, anche di fronte a gruppi animati dall'intento di mutare radicalmente l'ordine costituzionale, la Corte non si è accontentata di basare il proprio accertamento sui programmi di partito o sulle mere opinioni

⁶²⁶ *Rekvénki v. Hungary*, 20 maggio 1999, 25390/94, par. 41, 46, 48.

⁶²⁷ *Otto v. Germany*, (dec.), 24 novembre 2005, 27574/02, (the law), par. 1, p. 7 (caso riguardante un ispettore di polizia al quale, in ragione della sua affiliazione con un partito ritenuto di estrema destra, non viene concessa la promozione); *Erdel v. Germany*, (dec.), 13 febbraio 2007, 30067/04, (the law), par. 1, pp. 6-7 (vicenda concernente la revoca della chiamata alle armi di una persona, motivata con la sua iscrizione ad un partito considerato di estrema destra); *Kern v. Germany*, (dec.), 29 maggio 2007, 26870/04, (the law), par. 1, p. 7 (controversia sollevata da un impiegato comunale, membro di un partito considerato di estrema destra, che veniva licenziato per aver, *inter alia*, pubblicato un comunicato stampa in cui esprimeva giudizi di approvazione verso l'attacco dell'11 settembre 2001, facendo anche riferimento all'esistenza di un'oligarchia sionista).

espresse dai suoi rappresentanti, ma ha richiesto l'allegazione di elementi che dimostrassero univocamente la *finalità* di sopprimere o limitare i diritti sanciti dalla CEDU.

Le decisioni di cui sopra mostrano altresì come, quando fa riferimento agli scopi "totalitari", la Corte abbia in realtà in mente un'ampia nozione di attività anti-democratiche, identificate attraverso il richiamo ai valori sottesi alla Convenzione, fondati sulla *rule of law* e sul rispetto dei diritti umani. Tra tali valori spicca la democrazia, sia come *metodo* di conquista del potere, sia come *sistema* politico. Il primo versante determina l'esclusione della violenza quale mezzo di impegno politico; il secondo esige che il modello di governo della società promosso da un gruppo o da un individuo non si discosti in sé dai principi democratici fondamentali. Sebbene questi ultimi siano insuscettibili di completa enumerazione, le vicende giudiziarie sopra descritte consentono di ricavarne l'esclusione del razzismo e della discriminazione nell'esercizio dei diritti basata su razza, etnia o religione. Il frequente richiamo alla recente storia europea serve poi a giustificare lo speciale trattamento delle attività ad ispirazione nazista, trattate con severità unica dai giudici – atteggiamento decisamente dissimile rispetto a quello dimostrato, ad esempio, verso le condotte che si rifanno agli ideali comunisti -. Resta ancora ambiguo, per ora, l'inquadramento entro questa ricostruzione della negazione dei fatti storici chiaramente stabiliti, salvo che tale condotta si configuri, nel caso concreto, come una sottospecie dei generi or ora enucleati.

Pare utile ricordare che non basta dimostrare il *rischio* che una data attività pone rispetto ai principi democratici. Occorre altresì che questo rischio appaia *imminente*, abbia cioè assunto una consistenza reale: ciò non avviene richiamandosi genericamente alle finalità estremiste di un movimento; non basta nemmeno la sussistenza di una promozione o giustificazione della violenza, la quale sembra solo garantire una maggiore discrezionalità alle autorità nazionali nel loro apprezzamento.

La Corte, infine, ha dichiarato che la *wehrhafte Demokratie* non si pone in contrasto con le libertà sancite dalla Convenzione. Tuttavia, nell'implementare le misure di difesa della democrazia, gli Stati dovranno rispettare quel ragionevole bilanciamento tra diritti individuali ed interessi generali alla stabilità dell'ordinamento. In questa valutazione, un ruolo chiave

sarà giocato dalle circostanze storiche e politiche del paese di riferimento. Una restrizione accettabile nell'ambito di una democrazia ancora fragile, perciò, potrebbe risultare sproporzionata in un contesto istituzionale più maturo.

7.2. La protezione del sistema democratico contro l'intolleranza

Un altro ambito di potenziale intervento dell'art. 17 è quello della protezione del sistema democratico contro l'intolleranza intesa in senso lato. A tale riguardo, la Corte ha sottolineato come la tolleranza ed il rispetto per l'eguale dignità di tutti gli esseri umani costituisca il fondamento di una società democratica e pluralista; i giudici ne hanno tratto la conseguenza che, in linea di principio, può essere considerato necessario sanzionare o addirittura prevenire tutte le espressioni che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio basato sull'intolleranza (anche religiosa), sempreché le restrizioni siano proporzionate allo scopo perseguito⁶²⁸. Non si tratta questa volta di preservare le condizioni per così dire strutturali ed istituzionali dell'ordinamento – minacciate dal totalitarismo, nel significato precisato nel paragrafo precedente –, ma di garantire la *pacifica convivenza* dei diversi gruppi etnici, sociali e religiosi presenti in un dato territorio.

Si è osservato come questa finalità sia stata spesso riconosciuta dalla Corte anche in relazione alla proibizione del negazionismo. I casi che seguono vanno ad inserirsi nella medesima categoria; sono cioè accomunati dallo scopo perseguito dalle misure restrittive, identificato nella salvaguardia della pace sociale. Sarà allora interessante, a fronte di questa comune finalità, osservare quando l'art. 17 è stato applicato e quando, al contrario, l'esame si è svolto secondo le ordinarie regole di cui all'art. 10.

Per rendere l'analisi più chiara, i casi sono stati distinti in base ai tratti prevalenti delle condotte dalle quali traggono origine. Le controversie sono state così suddivise tra quelle in tema di razzismo, discriminazione ed *hate speech*, quelle in tema di antisemitismo ed infine quelle sull'islamofobia;

⁶²⁸ *Gündüz v. Turkey*, 4 dicembre 2003, 35071/97, par. 40; *Féret c. Belgique*, 16 luglio 2009, 15615/07, par. 64.

naturalmente, si tratta di una schematizzazione di massima, a solo fine illustrativo, stante la frequente sovrapposizione di tali categorie.

7.2.1. *Razzismo, discriminazione ed hate speech*

7.2.1.1. I primi casi in tema di razzismo

Prima di dare conto delle vicende ascrivibili a questo sottoinsieme, pare utile distinguere la “semplice” discriminazione – in particolar modo, quella su base razziale – dal razzismo in senso proprio⁶²⁹. Quest’ultimo, nel suo significato tradizionale, comprende le teorie sulla superiorità razziale e l’attribuzione di caratteristiche biologiche innate ad un determinato gruppo di persone⁶³⁰. Da esso andrebbero distinte le altre forme di discriminazione, in particolare quelle previste dalla *Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*⁶³¹, ovverosia quelle basate su colore, ascendenza ed origine nazionale o etnica. Ma soprattutto – si osserva in un’articolata opinione dissenziente –, non sarebbero da ricondurre alla nozione di razzismo (o di illecita discriminazione) le distinzioni tra cittadini e stranieri e le politiche in materia di cittadinanza e di naturalizzazione, a pena di una

⁶²⁹ V. *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente du Juge Andràs Sajó a laquelle déclarent se rallier les Juges Vladimiro Zagrebelsky et Nona Tsotsoria*, pp. 27-29.

⁶³⁰ Negli ultimi decenni si segnala un’evoluzione del concetto di razzismo, che ha acquisito una valenza più ampia, idonea ad includere forme più subdole, consistenti “in pregiudizi di tipo culturale e in rigide definizioni di popoli e mentalità” v. E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., p. 24, nota 61; ID., *Osservazioni sull’attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, pp. 70-71; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova, 2009, pp. 230-231; D. PADOVAN, *Razzismo e modernità. Appunti per una discussione sui razzismi e le loro rappresentazioni sociologiche*, in *Dei delitti e delle pene*, II, 1994, pp. 91 ss. Su questo tema v., di recente, A. BURGIO, *Nonostante Auschwitz: il ritorno del razzismo in Europa*, Roma, 2010, che analizza la metamorfosi del razzismo “da gerarchico e razzialista, a differenzialista e culturalista”; si tratta, ad avviso dell’Autore, non di una patologia, bensì di un aspetto che “appartiene al codice genetico della modernità europea”, dato dalla necessità di costruire un nemico al fine di soddisfare un bisogno di identità e sicurezza.

⁶³¹ V. art. 1, comma 1, *Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*, adottata dall’Assemblea generale dell’ONU, Ris. 2106 (XX), 21 dicembre 1965.

banalizzazione dello stesso e di un'eccessiva restrizione della libertà di manifestazione del pensiero⁶³².

Solo per le ideologie propriamente razziste, allora, sembrerebbe venire in rilievo l'art. 17, se ci si attiene ai principi sviluppati nelle prime applicazioni di tale disposizione. In *Glimmerveen and Hagenbeek*, a rimanere escluse dalla protezione della CEDU erano state espressioni che sostenevano il bisogno di rimandare nei propri Stati di appartenenza i lavoratori immigrati presenti in Olanda, in modo da ristabilire l'omogeneità etnica del paese⁶³³. In *Kühnen*, l'abuso del diritto è entrato in scena rispetto a veementi affermazioni contro "pezzi grossi, bolscevichi, sionisti, truffatori, imbroglioni, parassiti [...], l'alienazione causata dalle orde di lavoratori stranieri" poste in contrapposizione con "l'unità germanica, la giustizia sociale e l'orgoglio razziale [...]"⁶³⁴. Sempre nell'ambito di attività ispirate al nazismo, un'altra decisione che fa applicazione dell'art. 17 concerne, *inter alia*, alcune pubblicazioni in cui si sosteneva l'esistenza di differenze biologiche tra individui, popoli e razze⁶³⁵.

In questi ultimi due casi tuttavia, a differenza che in *Glimmerveen*, l'art. 17 non ha assunto un ruolo autonomo – che precluderebbe in radice l'accesso al giudizio *ex art. 10* – ma è stato coinvolto (perlomeno formalmente) nella valutazione della "necessità" della misura restrittiva. A prefigurarne nuovamente l'effetto ghigliottina è stato un *obiter dictum* nel caso *Jersild v. Denmark*, in cui la Corte ha stabilito che le opinioni espresse da taluni militanti delle "giacche verdi" – tra l'altro, estranee all'oggetto del ricorso – "non godono della protezione dell'art. 10"⁶³⁶. Si trattava di dichiarazioni

⁶³² V. *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente du Juge Andràs Sajó a laquelle déclarent se rallier les Juges Vladimiro Zagrebelsky et Nona Tsotsoria*, p. 28.

⁶³³ *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, cit., (the facts), sez. A, par. 2, 4.

⁶³⁴ *Kühnen v. Federal Republic of Germany*, cit., (the facts), p. 2.

⁶³⁵ *B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria*, cit., (the facts), p. 2.

⁶³⁶ *Jersild v. Denmark*, 23 settembre 1994, 15890/89, par. 35. Il rinvio implicito all'effetto ghigliottina dell'art. 17 è chiaro ad avviso di S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne*, cit., p. 557; nello stesso senso C. PICHERAL, *Discrimination raciale et convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 537; contra D. KEANE, *Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human*

senz'altro razziste nei confronti di individui apostrofati in modo sprezzante come “negri” e considerati appartenenti alla specie animale⁶³⁷.

7.2.1.2. Dal razzismo all'*hate speech*

Proprio perché l'art. 17, come confermato dal caso *Jersild*, era confinato alle istanze di razzismo e non comprendeva la categoria generale del c.d. *hate speech*⁶³⁸, fino ai primi anni del nuovo millennio esso non risulta essere stato invocato in tale contesto.

Non rientra nelle intenzioni di questo lavoro analizzare in profondità la giurisprudenza delle istituzioni di Strasburgo sull'*hate speech*. Si procederà quindi, senza pretesa di esaustività, ad esporre solo una selezione di decisioni sul tema, per dare un'idea degli sviluppi che interessano direttamente o indirettamente la disposizione sull'abuso del diritto.

Rights, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, pp. 654-655, che ritiene più credibile la ricostruzione secondo cui i giudici intendevano riferirsi meramente al fatto che la punizione delle affermazioni delle “giacche verdi” non avrebbe costituito una violazione dell'art. 10. V., altresì, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10° ed., Parigi, 2011, p. 597, che critica la prevalenza assegnata alla libertà di espressione nei confronti del diritto ad essere protetti contro la discriminazione razziale, suggerendo un'incoerenza rispetto al caso *Remer* in tema di negazionismo; una forte critica alla decisione nel caso *Jersild* viene mossa anche da, G. COHEN-JONATHAN, *Discrimination raciale et liberté d'expression*, in *Rev. univ. dr. h.*, 1995, pp. 1 ss. e da P. LAMBERT, *La résurgence du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie, en Europe*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 274, che notano la divergenza con l'approccio adottato invece nel caso *Otto Preminger Institut v. Austria*. V., altresì, I. INGRAO, *Informazione e diffusione di idee razziste: il caso Jersild contro Danimarca*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1994, pp. 578 ss.; S. FREGO LUPPI, *Diritto di cronaca*, cit., pp. 38 ss.; V. ANGIOLINI, *Manifestazione del pensiero e “libertà altrui”*, in *Giur. cost.*, 1995, pp. 4585 ss.; M. ROSCINI, *La libertà di esprimere dichiarazioni razziste e blasfeme nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, pp. 95-118.

⁶³⁷ *Jersild v. Denmark*, cit., par. 12, 14.

⁶³⁸ Per una definizione del concetto, basata sulla Raccomandazione n. 97(2) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, v. A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, Leiden-Boston, 2009, pp. 3-4. Per approfondimenti, v., tra i molti, S. FARRIOR, *Molding The Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law Concerning Hate Speech*, in *Berkeley Journal of International Law*, 1996, pp. 1 ss.

Paradigmatici di questa fase iniziale sembrano essere tre casi del 1999 tutti vertenti su espressioni riguardanti la questione delle spinte autonomistiche del popolo curdo e la loro repressione da parte della Turchia, attraverso la fattispecie della diffusione di propaganda separatista.

Pur nelle diverse sfumature manifestate nella miriade di dichiarazioni, opinioni concorrenti ma separate, dissenzienti e parzialmente dissenzienti⁶³⁹, il principio che emerge consente di discernere con sufficiente limpidezza tra i discorsi protetti e quelli passibili di sanzione penale. La Corte ha considerato legittima la restrizione in uno solo di questi tre casi, caratterizzato dal fatto che le espressioni imputate sono state giudicate *idonee ad incitare ulteriore violenza* nella regione curda, inculcando un profondo ed irrazionale odio contro coloro cui viene imputata la colpa per le sopraffazioni inflitte ai curdi⁶⁴⁰. Negli altri due casi, al contrario, le ingerenze governative sono state dichiarate contrarie all'art. 10, in quanto i discorsi sanzionati non erano suscettibili di venire interpretati come incitamento o glorificazione della violenza⁶⁴¹.

⁶³⁹ Cfr., in particolare, le opinioni dei giudici Palm, Tulkens, Fischbach, Casadevall e Greve relative alle sentenze sotto citate, in cui si discute se sia da attribuire maggiore rilevanza al tenore, al tono e al contenuto di un'espressione oppure se sia da valorizzare soprattutto il contesto generale in cui essa va ad inserirsi e l'impatto che può prevedibilmente avere.

⁶⁴⁰ *Sürek v. Turkey (1)*, GC, 8 luglio 1999, 26682/95, par. 62. V., altresì, *Zana v. Turkey*, GC, 25 novembre 1997, 18954/91 (in cui la Corte ha confermato la validità di una condanna, da parte delle autorità turche, relativa ad affermazioni che, pur ammettendone gli errori e condannando i massacri, esprimevano supporto per il PKK, definito un movimento di liberazione nazionale. Il fulcro del ragionamento risiedeva nel fatto che tali esternazioni erano idonee ad "esacerbare la situazione già esplosiva" della regione della Turchia sud-orientale, colpita da vari atti terroristici (v. spec. par. 60)); *Sürek v. Turkey (3)*, GC, 8 luglio 1999, 24735/94, par. 40 (in cui la Corte interpreta le affermazioni del ricorrente come un appello all'uso della forza come mezzo per ottenere l'indipendenza del Kurdistan; la conformità all'art. 10 della condanna inflitta deriva dal fatto che lo scritto era idoneo ad incitare ad ulteriore violenza nella regione).

⁶⁴¹ *Sürek and Özdemir v. Turkey*, GC, 8 luglio 1999, 23927/94 e 24277/94, par. 61; *Erdogdu and Ince v. Turkey*, GC, 8 luglio 1999, 25067/94 e 25068/94, par. 52. V., altresì, *Sürek v. Turkey (4)*, GC, 8 luglio 1999, 24762/94, par. 58 (in cui le ragioni addotte per fondare il giudizio di violazione dell'art. 10 vengono identificate nell'assenza di un appello alla

È interessante osservare come l'eventuale presenza di un incitamento alla violenza non sembri essere stata ritenuta di per sé un fattore decisivo: essa determinerebbe il solo effetto di aumentare il margine di apprezzamento in capo alle autorità nazionali⁶⁴². In nessun caso, come anticipato, è stato invocato l'art. 17, nemmeno quando l'espressione è stata qualificata come incitamento alla violenza⁶⁴³. D'altra parte, questi tre casi non evidenziavano la benché minima affiliazione con le ideologie razziste, né adombravano possibili istanze di discriminazione.

In tempi più recenti, la disposizione sull'abuso del diritto, come anticipato, ha visto un notevole ampliamento del suo campo di intervento. All'inizio di questo "nuovo corso" – caratterizzato dalla fuoriuscita dell'art. 17 dall'alveo in cui era stato fino ad allora confinato – i giudici di Strasburgo offrono un'interpretazione evolutiva di *Jersild*, che quasi sconfina in un vero e proprio salto logico. Sebbene l'*obiter dictum* sopra riportato si riferisse a discorsi di chiara matrice razzista (nel senso rigoroso del termine, visto che si erano equiparati i "negri" agli animali), nove anni più tardi, nel caso *Gündüz*, la Corte afferma un diverso principio: a rimanere fuori dall'area di protezione dell'art. 10 sono le concrete espressioni di *hate speech* che risultano offensive verso certi gruppi o individui⁶⁴⁴.

Sembra dunque che l'ambito di applicazione dell'art. 17, precedentemente limitato a nazismo e razzismo, sia stato allargato all'*hate speech*. La portata

violenza, nonostante i discorsi contestati criticassero aspramente le autorità turche, definite come "i veri terroristi").

⁶⁴² *Erdogdu and Ince v. Turkey*, cit., par. 50; *Dink c. Turquie*, 14 settembre 2010, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 e 7124/09, par. 133. Nello stesso senso, J.-F. FLAUSS, *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression*, cit., p. 841. Critico nei confronti dell'imprecisione del criterio dell'incitamento alla violenza, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, cit., p. 593.

⁶⁴³ *Sürek v. Turkey (1)*, cit., par. 62; v., altresì, *Osmani and Others v. "The former Yugoslav Republic of Macedonia"*, (dec.), 11 ottobre 2001, 50841/99 (un ricorso dichiarato inammissibile stante la circostanza che il ricorrente, mediante la manifestazione delle sue opinioni, aveva creato un clima di intolleranza etnica, incoraggiando all'uso della violenza; nemmeno in tale caso l'art. 17 è stato preso in considerazione dalla Corte: il ricorso è stato deciso sulla sola base dell'art. 10).

⁶⁴⁴ *Gündüz v. Turkey*, cit., par. 41.

della decisione, tuttavia, non brilla per limpidezza, visto che essa stabilisce, allo stesso tempo, che la sanzione degli atti di incitamento all'odio deve comunque risultare proporzionata agli scopi perseguiti⁶⁴⁵. Se da un lato, cioè, viene stabilito che l'*hate speech* non gode *tout court* delle garanzie dell'art. 10, dall'altro si precisa – si direbbe in modo contraddittorio – che le restrizioni devono comunque superare un vaglio di proporzionalità, lasciando perciò intendere che il giudizio si svolgerà secondo le ordinarie modalità *ex art.* 10.

Concentrandosi ora sulle vicende più vicine al tema della discriminazione (che pure spesso assurgono a *hate speech*), vale la pena richiamare il caso *Soulas c. France*⁶⁴⁶, in cui l'autore di un libro lamentava la presunta violazione della libertà di espressione cagionata da una condanna per il reato di incitamento all'odio, alla discriminazione e alla violenza su base etnica o religiosa⁶⁴⁷. Egli aveva sostenuto, tra le altre cose, che i giovani immigrati di origine magrebina e religione musulmana avrebbero iniziato una guerra etnica tendente alla graduale conquista del territorio. Secondo l'autore, lo scopo dell'islam in Europa (a partire dalla Francia) sarebbe quello della progressiva presa di potere. La sola soluzione per evitare questa “colonizzazione”, concludeva il libro, consisterebbe in una guerra civile di riconquista etnica⁶⁴⁸.

Il governo sollecita, in sede di ammissibilità, l'applicazione dell'art. 17, stante la natura razzista e l'appello alla violenza che caratterizzano le contestate espressioni⁶⁴⁹. La Corte, tuttavia, dopo aver ritenuto la questione “strettamente correlata” alla sostanza del ricorso, ha rifiutato di dar seguito all'istanza

⁶⁴⁵ *Gündüz v. Turkey*, cit., par. 40.

⁶⁴⁶ *Soulas et autres c. France*, 10 luglio 2008, 15948/03, commentato (insieme ad altri due controversi casi in materia di *hate speech*) in U. BELAVUSAU, *A Dernier Cri from Strasbourg: An Ever Formidable Challenge of Hate Speech (Soulas & Others v. France, Leroy v. France, Balsyte-Lideikiene v. Lithuania)*, in *European Public Law*, 2010, pp. 373-389.

⁶⁴⁷ La condanna concerne il reato di cui all'art. 24, comma 6, della legge francese sulla libertà di stampa, già sopra riportato (v. *supra*, nota 521).

⁶⁴⁸ *Soulas et autres c. France*, cit., par. 12-14.

⁶⁴⁹ *Soulas et autres c. France*, cit., par. 20-21.

poiché i passaggi incriminati “non sono sufficientemente gravi per giustificare l’applicazione dell’art. 17”⁶⁵⁰.

Nel merito, i giudici hanno negato si fosse verificata una violazione dell’art. 10, in quanto le affermazioni in parola offrono un’immagine negativa delle comunità anzidette, presentando in modo catastrofico gli effetti dell’immigrazione⁶⁵¹. La Corte ha così avallato le motivazioni dei tribunali interni, le quali enfatizzavano come alcuni passaggi del libro avessero lo scopo di provocare nel lettore un “sentimento di rigetto ed antagonismo” verso i gruppi presi di mira, designati come il nemico principale, contro cui l’unica soluzione sarebbe stata la guerra etnica⁶⁵². Nel giungere a questa conclusione, la Corte ha ricordato l’importanza della lotta contro la discriminazione razziale in tutte le sue manifestazioni e ha concesso un ampio margine d’apprezzamento alle autorità nazionali in riferimento alle problematiche legate all’immigrazione⁶⁵³.

È interessante notare come in un caso simile, sempre concernente opinioni estremamente critiche rispetto alla possibilità di integrazione della comunità musulmana in Francia, la Corte abbia evitato di pronunciarsi sull’applicabilità dell’art. 17 – nonostante l’accertato tenore razzista delle espressioni – in quanto il ricorso poteva comunque essere rigettato come manifestamente infondato sulla base dell’art. 10⁶⁵⁴.

7.2.1.3. Il caso *Féret*: un ulteriore allargamento dell’area del discorso (politico) proibito

Numerose discussioni ha sollevato un altro recente caso in tema di discriminazione, originato dalle espressioni rese pubbliche in campagna elettorale dal presidente del partito belga “Front National”, condannate come

⁶⁵⁰ *Soulas et autres c. France*, cit., par. 23, 48.

⁶⁵¹ *Soulas et autres c. France*, cit., par. 41.

⁶⁵² *Soulas et autres c. France*, cit., par. 43-44.

⁶⁵³ *Soulas et autres c. France*, cit., par. 42, 38 (il margine d’apprezzamento “assez large” è stato giustificato con la delicatezza delle problematiche connesse alle politiche sull’immigrazione, che necessitano di una conoscenza approfondita della realtà di ogni singolo paese).

⁶⁵⁴ *Seurot c. France*, (dec.), 18 maggio 2004, 57383/00, (en droit), p. 9.

incitamento all'odio e alla discriminazione⁶⁵⁵. L'imputazione si era focalizzata su alcuni opuscoli che proponevano una piattaforma programmatica comprendente i seguenti punti: stabilire una priorità di assunzione lavorativa per i cittadini belgi ed europei, rimpatriare gli immigrati, opporsi all'islamizzazione del Belgio e, in generale, interrompere la "politica di pseudo-integrazione"⁶⁵⁶.

Anche in questa occasione la Corte, in risposta alla chiamata in causa, da parte del governo, dell'art. 17, fondata sull'asserita natura razzista della propaganda politica di cui si tratta, si rifiuta di applicare tale disposizione, in quanto non giustificata dal contenuto delle espressioni incriminate⁶⁵⁷, e passa di conseguenza all'esame del merito del ricorso.

Di particolare rilievo appare il fatto che la Corte, nell'esporre i principi generali, contrappone la nota avversità verso le espressioni di incoraggiamento all'odio o fondate sull'intolleranza all'estrema cautela che deve informare ogni restrizione alla libertà di espressione in capo ai rappresentanti politici, specialmente quelli d'opposizione, la quale richiede il più rigoroso controllo europeo⁶⁵⁸.

I giudici, in un passaggio fondamentale, contestato nell'opinione dissenziente, passano poi ad allargare la nozione di *hate speech*. Viene infatti stabilito che l'incitamento all'odio *non richiede necessariamente l'appello* ad un particolare atto di violenza né alla commissione di un reato⁶⁵⁹. Nel caso di specie, sotto il simulacro della propaganda elettorale, il ricorrente aveva chiaramente incitato alla discriminazione ed all'odio razziale, offendendo e ridicolizzando certi settori della popolazione; gli scritti incriminati avevano (talvolta implicitamente) incitato, se non alla violenza, perlomeno alla discriminazione, alla segregazione e all'odio nei confronti di specifici gruppi identificati in base a razza, colore od origine nazionale ed etnica⁶⁶⁰. Per

⁶⁵⁵ *Féret c. Belgique*, cit., par. 6-7.

⁶⁵⁶ *Féret c. Belgique*, cit., par. 8-9.

⁶⁵⁷ *Féret c. Belgique*, cit., par. 49-52, 82.

⁶⁵⁸ *Féret c. Belgique*, cit., par. 64-65.

⁶⁵⁹ *Féret c. Belgique*, cit., par. 73.

⁶⁶⁰ *Féret c. Belgique*, cit., par. 70 (conclusioni delle autorità giudiziarie interne, successivamente convalidate dalla Corte), 73, 78.

questo, i giudici ritengono giustificata la scelta delle autorità nazionali di dare preminenza, rispetto all'uso irresponsabile della libertà di espressione, alla lotta contro il discorso razzista⁶⁶¹. I magistrati stabiliscono altresì che le esternazioni politiche che incitano all'odio basato sul pregiudizio religioso, etnico o culturale rappresentano, nell'ambito degli Stati democratici, un *pericolo per la pace sociale e la stabilità politica*⁶⁶².

7.2.1.4. Un manifesto a favore della libertà di espressione: l'opinione dissenziente nel caso *Féret*

L'opinione dissenziente, sottoscritta da tre dei sette giudici componenti il collegio, adotta una diversa – e più liberale – posizione circa i confini della libertà di parola⁶⁶³. Essa affronta in modo completo e convincente le problematiche connesse all'estensione dell'area sottratta al diritto di libera manifestazione del pensiero, e merita per questo di essere esposta in dettaglio. Per la prima volta alcuni magistrati si spingono fino a mettere in discussione le eccezioni alla libertà di espressione fondate sul mero contenuto del discorso (in dottrina anglosassone, si parla di *content-based restrictions*⁶⁶⁴). L'art. 17

⁶⁶¹ *Féret c. Belgique*, cit., par. 78.

⁶⁶² *Féret c. Belgique*, cit., par. 73.

⁶⁶³ *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente du Juge Andràs Sajó a laquelle déclarent se rallier les Juges Vladimiro Zagrebelsky et Nona Tsotsoria*, cit.

⁶⁶⁴ Nella dottrina nordamericana del *free speech*, esistevano determinate categorie di *unprotected speech*, identificate in base al contenuto del discorso, ad esempio incitamento alla violenza, diffamazione, oscenità, e “fighting words”; attualmente, sebbene il trattamento di queste espressioni sia ancora diverso rispetto all'ordinario test di bilanciamento, l'orientamento della Corte Suprema è diventato più flessibile, nel senso che non è più possibile escludere dall'ambito di protezione del *First Amendment* una certa opinione solo in base al suo contenuto, anche se esso continua comunque ad esercitare un notevole peso. V., ad esempio, D.A. FARBER, *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, in *Indiana Law Journal*, 2009, pp. 917-938; K.M. SULLIVAN, *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, in *University of Colorado Law Review*, 1992, pp. 293-317; J.H. ELY, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, in *Harvard Law Review*, 1975, pp. 1482-1508; K. WERHAN, *The Liberalization of Freedom of Speech on a Conservative Court*, in *Iowa Law Review*, 1994, pp. 51 ss., spec. pp. 53-66. F. SCHAUER,

esclude alcune tipologie di opinioni, identificate in base alla loro tematica, dal novero dei discorsi protetti dal *free speech* europeo; ad esempio, quelle in materia di negazionismo, di razzismo e di nazismo, in ragione del loro porsi – riportando la celebre formula – “in contrasto con la lettera e lo *spirito* della Convenzione”.

I giudici dissenzienti osservano criticamente come “gli spiriti” non offrano chiari criteri guida e si prestino ad abusi dato che i giudici, come tutti gli esseri umani, tendono a qualificare le opinioni con le quali sono in disaccordo come palesemente inaccettabili e dunque estranee all’area protettiva della libertà di espressione⁶⁶⁵. Se veramente, allora, l’esperienza storica europea esige che si stigmatizzino certi temi, da proibire in maniera assoluta, ciò dovrebbe almeno rimanere un’evenienza eccezionale, confinata in ipotesi univocamente delimitate⁶⁶⁶.

Quanto al merito della controversia, i giudici dissenzienti sostengono che le espressioni attribuite al ricorrente fanno parte del “discorso politico”; in taluni casi, rientrano nella mera critica politica, in altri si configurano come vaghe proposte politiche rivolte al governo, che non incitano la popolazione ad attivarsi in alcun modo⁶⁶⁷. Si mette in luce inoltre una pericolosa tendenza consistente nell’assumere come implicitamente razzista ciò che viene proferito da persone razziste⁶⁶⁸. Le affermazioni *de quibus* non possono essere classificate come razziste, nel senso stretto del termine; piuttosto, profilandosi come dichiarazioni discriminatorie, potrebbero potenzialmente mettere in pericolo i diritti altrui – ma spetta al governo dimostrare questa circostanza –. Il semplice *impatto potenziale* di un’espressione sui diritti altrui non è sufficiente per giustificare una restrizione alla libertà di parola⁶⁶⁹.

Questa nozione di *hate speech*, sprovvista dell’elemento qualificante identificato nell’*incitamento diretto a commettere un’azione violenta o*

Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts, in *Vanderbilt Law Review*, 1981, pp. 265-307.

⁶⁶⁵ *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente*, cit., p. 26.

⁶⁶⁶ *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente*, cit., p. 26.

⁶⁶⁷ *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente*, cit., pp. 26-27.

⁶⁶⁸ *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente*, cit., pp. 27-28.

⁶⁶⁹ *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente*, cit., pp. 28-29.

intollerante, è stata ritenuta dai giudici dissenzienti troppo ampia per essere compatibile con una robusta protezione del discorso politico⁶⁷⁰. Solo l'espressione finalizzata alla distruzione dei diritti protetti dalla CEDU può rimanere esclusa dal raggio d'azione dell'art. 10⁶⁷¹. Non basta perciò che il discorso stigmatizzi l'avversario, ma occorre che il tenore di esso sia idoneo a favorire la discriminazione, instillando un odio profondo ed irrazionale nei suoi destinatari⁶⁷². In altre parole, la discriminazione, come la violenza, *deve farsi azione*; la mera intolleranza – un sentimento senza azione – non può essere un reato⁶⁷³.

I giudici ammettono che i pregiudizi si formano gradualmente attraverso una serie di interazioni che si rafforzano le une con le altre; si tratta di un processo lento e graduale ben distinto dall'incitamento, il quale richiede invece un'esortazione psicologica intensa e subitanea. Questa mentalità può condurre a condotte discriminatorie, così come al successo elettorale di partiti i cui programmi appaiono incompatibili con la democrazia. Tuttavia, tale problema si pone limitatamente alle democrazie protette⁶⁷⁴. Nelle altre, la libertà di manifestazione del pensiero si fonda sulla convinzione che lo scambio di idee senza impedimenti avvicini alla verità o comunque permetta di prendere decisioni in modo maggiormente informato. Anche nei sistemi democratici più stabili può accadere, in alcuni momenti, che si avverta la necessità di fare ricorso all'arsenale della *wehrhafte Demokratie*. Ciò avverrà, tuttavia, in presenza di azioni discriminatorie organizzate e coordinate in cui sussistano elementi di intimidazione⁶⁷⁵.

In conclusione, questi tre giudici prendono le distanze dall'orientamento inaugurato nel caso *Féret*, criticando l'inclusione nella categoria dell'*hate speech* dei “discorsi pericolosi” che siano privi di alcun ulteriore elemento qualificante. I meri “sentimenti sgradevoli” – anche se consistenti nel ridicolizzare un certo gruppo – non possono venire puniti come crimini.

⁶⁷⁰ *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente*, cit., p. 33.

⁶⁷¹ *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente*, cit., p. 29.

⁶⁷² *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente*, cit., p. 30.

⁶⁷³ *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente*, cit., p. 30.

⁶⁷⁴ *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente*, cit., pp. 30-31.

⁶⁷⁵ *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente*, cit., p. 31.

Occorre piuttosto che la condotta inciti alla commissione di un atto violento o comunque delittuoso.

7.2.1.5. Applicazione della “dottrina *Féret*” ai casi successivi

Le ultime due decisioni che si intende analizzare in tema di *hate speech* dimostrano i pericoli insiti nella lettura restrittiva data nel caso *Féret* alla libertà di espressione.

La prima vicenda trae origine dalle dichiarazioni rilasciate da Jean-Marie Le Pen, presidente del partito “Front National”, durante un’intervista pubblicata sul quotidiano *Le Monde* in cui affermava: “Il giorno in cui ci saranno in Francia non più 5, ma 25 milioni di musulmani, saranno loro a comandare. E i francesi dovranno camminare raso al muro ed andare per i marciapiedi abbassando lo sguardo. Se non lo faranno, verrà chiesto loro: ‘Che hai da guardarmi così? Cerchi casini?’ E a voi non resterà che filarvela, se non volete prenderle”⁶⁷⁶.

Dopo aver subito la condanna ad un’ammenda di 10.000 euro per il reato di cui all’art. 24 della legge francese sulla libertà di stampa⁶⁷⁷, Le Pen deposita un ricorso presso la Corte di Strasburgo, che ne dichiara all’unanimità l’inammissibilità.

Richiamata l’importanza della lotta alla discriminazione razziale e ribadito l’interesse generale a discutere dei problemi relativi all’immigrazione, i giudici europei osservano come le condannate espressioni siano suscettibili di dare “un’immagine negativa, e al contempo inquietante, della ‘comunità musulmana’ nel suo insieme” e di suscitare un *sentimento di rigetto e di ostilità* nei suoi confronti⁶⁷⁸. Le dichiarazioni in causa darebbero l’idea, ad avviso della Corte, che la sicurezza dei francesi debba passare per il rigetto dei musulmani, presentati come una minaccia⁶⁷⁹.

Questa decisione suscita qualche preoccupazione. Essa mostra, difatti, come oramai nemmeno le espressioni giudicate atte ad instillare meri “sentimenti” ostili, prive tuttavia di un diretto appello ad atti violenti o ad altre forme di

⁶⁷⁶ *Le Pen c. France*, (dec.), 20 aprile 2010, 18788/09, (en fait), sez. A, p. 2.

⁶⁷⁷ V. *supra*, nota 521.

⁶⁷⁸ *Le Pen c. France*, cit., (en droit), par. 1, p. 7.

⁶⁷⁹ *Le Pen c. France*, cit., (en droit), par. 1, p. 7.

discriminazione, riescano a superare il vaglio preliminare di ammissibilità⁶⁸⁰. Nella vitale lotta contro razzismo ed intolleranza, allora, non c'è posto – nella giurisprudenza della Corte – per opinioni potenzialmente in grado di creare un clima di ostilità dal quale potrebbero scaturire concreti atti di discriminazione. Da notare, però, come l'art. 17 non venga mai citato. Ciò dipende, forse, dal fatto che le dichiarazioni di Le Pen non sono state qualificate come incitamento all'odio o all'intolleranza – ciò che le collocherebbe entro i confini dell'*hate speech* – ma come espressioni atte a suscitare sentimenti di ostilità e rigetto, i quali parrebbero posizionarsi su un gradino più basso nella scala ideale che misura l'intensità offensiva di un discorso.

La seconda vicenda concerne espressioni di omofobia. Alcuni studenti si erano introdotti abusivamente in un scuola superiore e avevano lasciato sugli armadietti un centinaio di volantini in cui si parlava dell'omosessualità come di una “devianza sessuale” che “ha un effetto moralmente distruttivo” nella società; essa veniva inoltre additata come una delle principali cause di diffusione dell'AIDS e si suggeriva avesse un qualche collegamento con la pedofilia⁶⁸¹. Nonostante l'accertata intenzione degli autori di stimolare un dibattito sul tema, le corti svedesi infliggono loro una condanna per incitamento all'odio contro un gruppo nazionale o etnico (*hets mot folkgrupp*)⁶⁸².

La Corte EDU ribadisce il proprio indirizzo secondo cui l'incitamento all'odio non richiede necessariamente un appello ad atti violenti o delittuosi: che gli

⁶⁸⁰ Cfr., invece, il recente caso *Önal c. Turquie*, 2 ottobre 2012, 41445/04 e 41453/04, par. 38, 42 (in cui la Corte ha dichiarato la violazione dell'art. 10 in ragione del fatto che le espressioni non stigmatizzavano l'altro lato del conflitto, non costituivano un appello all'uso della violenza o alla ripresa delle operazioni armate, né erano suscettibili di favorire la violenza instillando un odio profondo ed irrazionale). Forse perché la vicenda non è stata inquadrata entro i confini concettuali della discriminazione etnica o religiosa, ma come narrazione di avvenimenti relativi a due gruppi etnici di minoranza, la Corte non si è accontentata dello standard costituito dal “sentimento di rigetto ed ostilità”, giudicato invece sufficiente a giustificare le ingerenze in *Soulas* e in *Le Pen*. Infatti, non viene attribuito rilievo decisivo al fatto che uno dei due libri dipingesse “un quadro negativo dello Stato turco, dando così alla narrazione un tono ostile” (v. *Önal c. Turquie*, cit., par. 37).

⁶⁸¹ *Vejdeland and others v. Sweden*, 9 febbraio 2012, 1813/07, par. 8.

⁶⁸² *Vejdeland and others v. Sweden*, cit., par. 15.

attacchi siano stati commessi mediante l'insulto o il dileggio nei confronti di specifici gruppi della popolazione può essere ritenuto sufficiente per *far prevalere le ragioni sottese alla lotta contro il razzismo* rispetto alla libertà di espressione esercitata in modo irresponsabile⁶⁸³. A tal proposito, la Corte afferma che la discriminazione basata sull'orientamento sessuale raggiunge lo stesso livello di gravità di quella basata su razza, origine etnica e colore⁶⁸⁴. Vien da chiedersi se tale *dictum* equivalga ad un'ulteriore estensione della categoria dell'*hate speech*, entro il cui perimetro sarebbero ora da collocare anche le espressioni omofobe. Sembra tuttavia che ciò abbia poco a che fare con la proclamata necessità di lottare contro il razzismo.

In ogni caso, i magistrati non si pronunciano sull'eventuale riconduzione dei discorsi in esame all'incitamento all'odio – anzi, stabiliscono che i volantini “non promuovevano direttamente la commissione di atti d'odio”⁶⁸⁵ –. Si limitano invece ad osservare come si trattasse di affermazioni gravi e pregiudizievoli, portate all'attenzione di un pubblico giovane ed impressionabile al quale le modalità di distribuzione impedivano la possibilità di rifiutare l'opuscolo⁶⁸⁶.

Dall'analisi delle opinioni separate (ma concorrenti) si deduce come i giudici abbiano avuto una certa esitazione nel prendere questa decisione⁶⁸⁷; sembrerebbe che un ruolo chiave, nel sofferto iter decisionale, sia stato giocato dalla circostanza che la distribuzione di volantini era avvenuta in una scuola alla quale i ricorrenti non avevano diritto di accedere⁶⁸⁸. Ciò che

⁶⁸³ *Vejdeland and others v. Sweden*, cit., par. 55.

⁶⁸⁴ *Vejdeland and others v. Sweden*, cit., par. 55.

⁶⁸⁵ *Vejdeland and others v. Sweden*, cit., par. 54; v., altresì, *Concurring Opinion of Judge Yudkivska Joined by Judge Villiger*, par. 5 (in cui due giudici ritengono che la maggioranza (*recte*: la Corte all'unanimità) abbia escluso che le contestate affermazioni costituissero *hate speech*).

⁶⁸⁶ *Vejdeland and others v. Sweden*, cit., par. 54, 56.

⁶⁸⁷ *Vejdeland and others v. Sweden*, cit., *Concurring Opinion of Judge Spielmann Joined by Judge Nussberger*, par. 1; *Concurring Opinion of Judge Boštjan M. Zupančič*, par. 1, 12 (che sembra quasi un'opinione dissenziente).

⁶⁸⁸ *Vejdeland and others v. Sweden*, cit., par. 56; *Concurring Opinion of Judge Spielmann Joined by Judge Nussberger*, par. 6; *Concurring Opinion of Judge Boštjan M. Zupančič*, par. 9, 12.

suscita preoccupazione, comunque, è il fatto che i giudici non hanno escluso una futura applicazione dell'art. 17 in casi simili, espellendo così dalla protezione convenzionale anche le opinioni omofobe⁶⁸⁹; con nettezza ancora maggiore, due giudici reputano senz'altro contrarie ai “valori della Convenzione” – prefigurandone l'esclusione dalle garanzie della libertà di espressione – le opinioni secondo cui l'omosessualità sarebbe una devianza e andrebbe ritenuta responsabile per la diffusione dell'AIDS⁶⁹⁰.

Ora, per quanto riprovevoli siano simili affermazioni, e pur riconoscendo la vulnerabilità delle persone LGBT, sembra che questa decisione faccia affiorare plasticamente il considerevole rischio che le maglie dell'art. 17 subiscano un allargamento eccessivo. Lungi dal rimanere uno strumento eccezionale di difesa della democrazia, sembra che esso stia diventando un rifugio rassicurante per chi confida nel diritto penale per combattere le intolleranze, ignorando tra l'altro i dubbi sulla sua *reale efficacia*⁶⁹¹.

A parte le perplessità che questo approccio inevitabilmente suscita nel penalista, a uscirne compromessa è la stessa integrità della libertà di espressione, minata alle fondamenta da chi vorrebbe “normalizzarne” i contenuti, emarginando ciò che non rientra nel *politically correct*⁶⁹². In questo senso, il criterio della “contrarietà ai valori sottesi alla Convenzione”

⁶⁸⁹ *Vejdeland and others v. Sweden*, cit., *Concurring Opinion of Judge Spielmann Joined by Judge Nussberger*, par. 4.

⁶⁹⁰ *Vejdeland and others v. Sweden*, cit., *Concurring Opinion of Judge Yudkivska Joined by Judge Villiger*, par. 8, 10.

⁶⁹¹ V. *infra*, note 1000 e 1001.

⁶⁹² Cfr. *Palusinski v. Poland*, (dec.), 3 ottobre 2006, 62414/00, (the law), par. 2, sez. A, p. 9 (in cui lo Stato convenuto invoca l'art. 17 con riferimento ad un libro in cui si incoraggiava l'uso di droghe, descrivendone tra l'altro gli effetti benefici ed omettendo di citarne quelli dannosi; malgrado questa richiesta, la Corte esclude l'applicabilità dell'art. 17). Il caso è esemplificativo rispetto a come l'indeterminatezza del catalogo dei valori sottesi alla CEDU possa incoraggiare i governi a limitare oltremisura la libertà di espressione. Anche la Corte costituzionale turca, infatti, aveva motivato lo scioglimento di alcuni partiti filo-curdi o filo-islamici facendo riferimento all'art. 17 (v., ad esempio, *Hadev and Demir v. Turkey*, 14 dicembre 2010, 28003/03, par. 16), così come la Corte d'Appello di Parigi l'aveva invocato per giustificare il rimprovero penale di Roger Garaudy (v. *Garaudy c. France*, cit., (en fait), sez. A, p. 4).

evidenzia tutti i limiti connessi alla sua inafferrabilità, permettendo di sanzionare le espressioni in ragione della loro indesiderabilità, valutata attraverso il mutevole prisma del personale convincimento del singolo giudice. Rimane da chiedersi se la decisione sarebbe stata la stessa, alla presenza di identiche circostanze fattuali, ove i volantini – anziché offenderla – inneggiassero all’omosessualità e si scagliassero contro i “malvagi omofobi”⁶⁹³.

7.2.2. *Antisemitismo*

Il primo caso in cui l’art. 17 trova applicazione in una controversia non perfettamente assimilabile a quelle centrate su razzismo, nazismo e negazionismo, riguarda una condotta caratterizzata da antisemitismo.

Il ricorso è proposto dai promotori dell’“Associazione nazionale e patriottica delle vittime polacche del bolscevismo e del sionismo”, ai quali le autorità nazionali avevano interdetto la costituzione di questa organizzazione⁶⁹⁴. Lo statuto del gruppo elencava, tra gli obiettivi, quello di garantire la parità di trattamento tra i polacchi e i cittadini di origine ebrea, mirando all’abolizione degli asseriti privilegi di questi ultimi e cercando di far cessare la persecuzione dell’etnia polacca. Anche in altri punti si pretendeva il miglioramento delle condizioni di vita delle presunte vittime di bolscevismo e sionismo⁶⁹⁵.

Senza nemmeno entrare nel merito del ricorso, la Corte fa applicazione dell’art. 17, in ragione del tenore antisemita delle dichiarazioni programmatiche dell’associazione, in cui si sostiene l’esistenza di una persecuzione dei polacchi da parte della minoranza ebrea e di una diseguaglianza tra questi due gruppi⁶⁹⁶. I giudici concludono che i ricorrenti, in sostanza, stanno tentando di avvalersi della libertà di associazione per

⁶⁹³ Cfr. *Vejdeland and others v. Sweden*, cit., *Concurring Opinion of Judge Boštjan M. Zupančič*, par. 4.

⁶⁹⁴ *W.P. and others v. Poland*, (dec.), 2 settembre 2004, 42264/98, (the facts), sez. A, par. 3 (vengono qui omessi i motivi di ricorso relativi a materie non pertinenti al tema di questo lavoro).

⁶⁹⁵ *W.P. and others v. Poland*, cit., (the facts), sez. A, par. 3, p. 4-5.

⁶⁹⁶ *W.P. and others v. Poland*, cit., (the law), par. 2(b)(iii), p. 10.

derivarne un diritto di impegnarsi in attività che condurrebbero alla soppressione dei diritti sanciti dalla CEDU⁶⁹⁷. Il ricorso è stato perciò dichiarato inammissibile.

In un caso successivo, l'art. 17 è stato parimenti applicato con riferimento ad affermazioni di “marcato tenore antisemita”⁶⁹⁸. In particolare, il direttore di una rivista mensile aveva esternato l'opinione secondo cui gli ebrei sarebbero la fonte di tutti i mali della Russia. In alcuni articoli egli asseriva la necessità di escluderli dalla vita sociale, data la sussistenza di un nesso causale tra il malessere politico, economico e sociale in Russia e le attività degli ebrei, ritratti come un gruppo etnico maligno⁶⁹⁹.

Per questi motivi le corti nazionali avevano emesso nei suoi confronti una condanna per il reato di incitamento all'odio razziale, nazionale e religioso. La Corte EDU ha confermato il loro operato, così come ha condiviso la qualificazione di incitamento all'odio data ai fatti. Il ricorrente, dunque, in virtù dell'art. 17, non può beneficiare della protezione della libertà di espressione, visto che il suo veemente attacco contro il gruppo etnico degli ebrei si poneva in contraddizione con i valori sottesi alla Convenzione, vale a dire tolleranza, pace sociale e non discriminazione⁷⁰⁰.

Il rigore di questo indirizzo sembra essere più precisamente delimitato in una successiva sentenza, riguardante affermazioni di ispirazione nazionalista, ma a tratti sconfinanti nell'antisemitismo. La vicenda riguarda la pubblicazione di un calendario contenente, in corrispondenza di alcune date, varie didascalie considerate insultanti verso le persone di origine polacca, russa ed ebrea. Un giorno, ad esempio, era marcato in questo modo: “17 marzo: il nuovo governo lituano [...] mette sotto processo la nazione lituana per lo sterminio degli ebrei [...] ma non mostra lo stesso interesse nei confronti del genocidio dei lituani”; sotto un altro giorno così recitava il calendario: “15 giugno: la potenza occupante sovietica, con l'aiuto dei collaboratori comunisti, molti dei quali erano ebrei, porta avanti ferocemente per mezzo secolo la colonizzazione ed il

⁶⁹⁷ *W.P. and others v. Poland*, cit., (the law), par. 2(b)(iii), p. 11.

⁶⁹⁸ *Pavel Ivanov c. Russia*, (dec.), 20 febbraio 2007, 35222/04, (the law), par. 1, p. 4.

⁶⁹⁹ *Pavel Ivanov c. Russia*, cit., (the facts), p. 2.

⁷⁰⁰ *Pavel Ivanov c. Russia*, cit., (the law), par. 1, p. 4.

genocidio della nazione lituana”⁷⁰¹. Altri scritti mettevano in evidenza un forte nazionalismo, in particolare una mappa che dichiarava i territori delle nazioni vicine “terre di etnia lituana sotto temporanea occupazione”⁷⁰².

Al termine di un procedimento amministrativo, il governo ottiene la confisca della pubblicazione.

La Corte EDU procede all’esame della questione prendendo in considerazione, da un lato, il contesto in cui il calendario era stato pubblicato e, dall’altro, il linguaggio impiegato dal ricorrente. Quanto al primo, si tiene conto della situazione generale esistente in Lituania, in cui dopo la restaurazione dell’indipendenza le problematiche relative all’integrità territoriale e alle minoranze nazionali si presentavano come particolarmente delicate⁷⁰³. La Corte prende atto altresì delle reazioni negative dei paesi confinanti e richiama gli obblighi internazionali incombenti sulla Lituania di adottare misure adeguate per contrastare l’odio nazionale⁷⁰⁴.

Passando al tenore delle affermazioni, i magistrati classificano alcune di esse come aggressivo nazionalismo ed etnocentrismo; altre vengono ritenute di incitamento all’odio contro polacchi ed ebrei, additati come autori di gravi crimini contro i lituani⁷⁰⁵. Considerando anche gli approfonditi accertamenti compiuti dalle corti interne sul pericolo che tali affermazioni creano per la società, nonché la proporzionalità di una sanzione consistente nella sola confisca, i giudici concludono che il margine d’apprezzamento nazionale non è stato oltrepassato e che, di conseguenza, l’art. 10 non ha subito alcuna violazione⁷⁰⁶.

Sebbene lo Stato resistente, nel giustificare la legittimità della restrizione, abbia fatto riferimento alla necessità di proteggere i valori democratici sui quali si basa la società lituana⁷⁰⁷, la Corte non ha mai fatto cenno nel suo ragionamento all’art. 17, nemmeno per escluderne l’applicazione. È possibile

⁷⁰¹ *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, 4 novembre 2008, 72596/01, par. 9.

⁷⁰² *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, cit., par. 10.

⁷⁰³ *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, cit., par. 78.

⁷⁰⁴ *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, cit., par. 78.

⁷⁰⁵ *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, cit., par. 79.

⁷⁰⁶ *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, cit., par. 80, 85-86.

⁷⁰⁷ *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, cit., par. 69.

che questo atteggiamento derivi dalla sua mancata esplicita invocazione da parte del governo. Forse, tuttavia, questa decisione chiarisce l'ambito di intervento della disposizione, limitandolo a casi eccezionali in cui le espressioni evidenzino palesi tratti antisemiti. Nel caso di specie, i giudici potrebbero aver ritenuto le affermazioni – riconducibili più ad un nazionalismo aggressivo che all'antisemitismo in senso stretto – non sufficientemente gravi o preoccupanti da giustificare l'intervento dell'art. 17, che tornerebbe così ad essere uno strumento di *extrema ratio*.

In un recente caso, l'abuso del diritto è stato applicato ad attività che, pur non rientrando nell'antisemitismo *stricto sensu*, si ponevano in contrasto con il principio del dialogo tra le nazioni (*international understanding*), in quanto sostenevano la distruzione di Israele – che non avrebbe diritto di esistere – e dei suoi abitanti, nonché l'instaurazione tramite mezzi violenti del Califfato nei paesi islamici; venivano inoltre giustificati gli attacchi suicidi contro i civili in Israele⁷⁰⁸.

Ai sensi dell'art. 17, la Corte ha dichiarato il ricorso inammissibile *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione, poiché le condotte di cui si tratta sottendono scopi palesemente contrari ai valori espressi dalla CEDU, identificati in questo caso nell'impegno alla risoluzione pacifica dei conflitti internazionali e nella sacralità della vita umana⁷⁰⁹.

Sebbene latamente assimilabile ai precedenti in tema di incitamento alla violenza e di antisemitismo, questa decisione sembra operare in realtà un'ulteriore estensione dell'ambito di applicabilità dell'art. 17. Ciò avviene mediante l'identificazione di *inediti valori*, sottesi alla Convenzione, contro i quali non sarebbe consentito dirigere le proprie condotte.

Vero è che le espressioni di incitamento alla violenza erano già state escluse dall'ombrello protettivo della libertà di espressione⁷¹⁰. Tuttavia, si trattava di comportamenti aventi un'incidenza meramente interna allo Stato di

⁷⁰⁸ *Hizb Ut-Tahrir and others v. Germany*, 12 giugno 2012, 31098/08, par. 5-6, 21-22.

⁷⁰⁹ *Hizb Ut-Tahrir and others v. Germany*, cit., par. 74-75. Si noti che, trattandosi di una decisione sull'ammissibilità del ricorso e non di una sentenza di merito, non è dato conoscere il numero dei giudici in disaccordo né le loro opinioni dissenzianti, bensì solamente il fatto che il collegio ha deciso a maggioranza (v. p. 24).

⁷¹⁰ V. *supra*, § III.7.2.1.2.

riferimento, in cui si proponeva un cambiamento nell'organizzazione istituzionale per mezzo dell'uso della forza o di altri metodi antidemocratici. L'oggetto di tutela sembrava dunque, in ultima istanza, identificarsi nella democrazia, come metodo o come sistema di valori. Il trasferimento di questo principio sul terreno dei rapporti internazionali amplia, ed indubbiamente altera, la *ratio* che animava il divieto dell'*hate speech*, che in questa sua riformulazione pare capace di spingersi fino ad imporre un'etica delle relazioni internali fondata sul rifiuto della guerra come strumento di risoluzione dei conflitti.

Quanto al valore della sacralità della vita umana, non lo si era finora mai considerato un limite alla libertà di espressione. Se ciò non solleva particolari problemi fino a che il divieto rimane confinato all'apologia degli attacchi suicidi contro i civili, non pare così improbabile una sua futura invocazione nel campo della bioetica, in cui molto più controverse sono le questioni che si affacciano nell'arena del dibattito pubblico contemporaneo.

7.2.3. *Islamofobia*

Se la rimozione dell'antisemitismo dalla protezione convenzionale può ancora essere fatta derivare dai precedenti in materia di nazismo, razzismo e negazionismo, non così immediata pare l'estensione di questo regime derogatorio alle affermazioni aventi "finalità islamofobiche"⁷¹¹.

Nel primo caso appartenente a questa categoria, si dibatteva della validità della condanna, da parte delle corti inglesi, di una persona che aveva esposto fuori dalla finestra del proprio appartamento un cartello che ritraeva le torri gemelle in fiamme e conteneva la scritta "Islam fuori dalla Gran Bretagna – Proteggi il popolo britannico" accanto ad un segnale circolare di divieto contenente il simbolo dell'islam (una mezzaluna ed una stella)⁷¹².

Il ricorrente, nei suoi motivi di ricorso, faceva notare come la libertà di espressione includa non solo i discorsi inoffensivi, ma anche e soprattutto

⁷¹¹ Il termine è stato impiegato, facendo riferimento alla decisione ora in esame, in *Paksas v. Lithuania*, 6 gennaio 2011, 34932/04, par. 88 e in *Orban et autres c. France*, 15 gennaio 2005, 20985/05, par. 34.

⁷¹² *Norwood v. the United Kingdom*, (dec.), 16 novembre 2004, 23131/03, (the facts), sez. A, p. 2.

quelli irritanti, eretici, provocanti, ecc. La critica di una religione, inoltre, non potrebbe essere equiparata ad un'offesa ai suoi seguaci⁷¹³.

La Corte non sottoscrive questa lettura, bensì quella adottata dai giudici interni, secondo i quali il poster costituisce un attacco contro *tutti* i musulmani presenti in Gran Bretagna, collegando questo gruppo *nel suo complesso* ad un grave atto di terrorismo⁷¹⁴. Tale veemente e generale attacco contro un intero gruppo religioso risulta dunque incompatibile con i valori garantiti dalla Convenzione, in particolare con la tolleranza, la pace sociale e la non discriminazione⁷¹⁵.

Il nocciolo della decisione sembra dunque risiedere nell'esclusione dalla tutela convenzionale delle espressioni rivolte contro un gruppo etnico o religioso in quanto tale. Questa lettura parrebbe trovare conferma in un caso successivo, incentrato su un articolo che, partendo dalla critica dell'enciclica papale *Veritatis Splendor*, attribuiva ad alcuni passi del Vecchio Testamento una parziale responsabilità in relazione all'origine dell'antisemitismo, sentimento che avrebbe costituito il retroterra ideologico per l'ideazione e l'attuazione di Auschwitz⁷¹⁶. L'autore era stato giudicato colpevole per il reato di diffamazione di un gruppo di persone in ragione della loro appartenenza religiosa, per aver messo in relazione eziologica una dottrina fondamentale del cristianesimo con uno dei simboli degli orrori nazisti; così, la comunità cattolica sarebbe stata ritenuta in qualche modo da biasimare per il massacro avvenuto ad Auschwitz⁷¹⁷.

La Corte rileva stavolta una violazione dell'art. 10, prendendo le mosse dalla considerazione che la tesi sostenuta nell'articolo non può essere estesa alla cristianità nel suo insieme⁷¹⁸. Nello sviluppo del suo punto di vista, infatti, l'autore ha contribuito ad un dibattito in corso senza sollevare alcuna disputa che potesse essere interpretata come *gratuita* o *sconnessa dalla realtà*⁷¹⁹.

⁷¹³ *Norwood v. the United Kingdom*, cit., (the law), pp. 3-4.

⁷¹⁴ *Norwood v. the United Kingdom*, cit., (the law), p. 4.

⁷¹⁵ *Norwood v. the United Kingdom*, cit., (the law), p. 4.

⁷¹⁶ *Giniewski v. France*, 31 gennaio 2006, 64016/00, par. 14, 16.

⁷¹⁷ *Giniewski v. France*, cit., par. 16.

⁷¹⁸ *Giniewski v. France*, cit., par. 49.

⁷¹⁹ *Giniewski v. France*, cit., par. 50.

Tornando, ora, al tema dell'islamofobia, si noti che anche la chiave di volta per comprendere il rigetto del ricorso nel sopra esposto caso *Le Pen* pareva da identificarsi nel fatto che i commenti dell'uomo politico avevano presentato in una maniera negativa ed inquietante la comunità musulmana nel suo complesso⁷²⁰. L'inammissibilità di quel caso, tuttavia, è stata dichiarata senza fare ricorso all'art. 17.

L'unica possibile spiegazione di questo diverso trattamento, a questo punto, non può che essere ricercata sul piano della gravità delle affermazioni e sulla concomitanza di interessi contrapposti, come verrà teorizzato nei paragrafi seguenti.

7.2.4. *Riepilogo dei principi dedotti e proposta interpretativa*

Si è tentato, nelle pagine precedenti, di esplorare il ventaglio di situazioni che può essere fatto risalire al generale canone della tolleranza come valore democratico essenziale, per la cui tutela può scattare l'arma estrema dell'art. 17.

Il recinto per così dire "storico", derivante dal fondamento anti-nazista della Convenzione, entro cui era inizialmente rinchiuso l'abuso del diritto, si è aperto fino ad abbracciare un nutrito novero di fattispecie. Questo sviluppo, accentuatosi a partire dalla metà del decennio scorso, è stato un incedere a piccoli passi, al quale si è accompagnato un parallelo ampliamento del catalogo dei valori sottostanti alla Convenzione, gradualmente esplicitati dalla Corte, contro cui non è possibile volgere le proprie attività⁷²¹.

Si è visto come, fino ai primi anni del 2000, l'*hate speech* non fosse stato ricondotto al campo di applicazione dell'art. 17. Neppure in caso di incitamento alla violenza – la sola tipologia di opinioni che, secondo la giurisprudenza di allora, costituiva *hate speech* – entrava in gioco l'abuso del

⁷²⁰ *Le Pen c. France*, cit., (en droit), par. 1, p. 7.

⁷²¹ Anche C. CARUSO, *Ai confini dell'abuso del diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale*, cit., p. 351, nota una "sussunzione, sempre più ampia, di casi di *hate speech* nell'art. 17 Cedu", accompagnata ad una "supervalutazione di valori generalissimi (giustizia, pace sociale, tolleranza) ritenuti capaci di escludere una volta per tutte determinate opinioni dal discorso pubblico europeo".

diritto: l'unica conseguenza rispetto a tali condotte sembrava essere quella di un maggiore margine di discrezionalità concesso alle autorità nazionali. A partire dal caso *Gündüz* – malgrado le sue sottolineate ambiguità –, i giudici europei hanno esteso l'area di intervento dell'art. 17 fino ad includervi l'*hate speech*⁷²². Tale categoria di discorsi, a sua volta, ha subito una progressiva espansione, che ha inevitabilmente determinato un'amplificazione dello spettro di espressioni sottratte alla protezione dell'art. 10: da un lato, in base alla dottrina elaborata in *Féret*, non è più richiesto che le affermazioni incitino alla commissione di atti violenti o delittuosi; dall'altro, alla discriminazione razziale, etnica o religiosa, si aggiungono le condotte che denotano altre forme di intolleranza, ad esempio quelle fondate sull'orientamento sessuale.

Le decisioni sopra esaminate, come si anticipava, mettono in luce anche un altro aspetto da non sottovalutare, vale a dire l'espansione del catalogo dei valori che la Corte ritiene sottesi al dettato convenzionale in quanto deducibili “dalla lettera e dallo spirito” della CEDU. Con sottile ironia alcuni giudici dissenzienti facevano notare come “gli spiriti” non possano offrire standard accettabili per giustificare la restrizione ad un diritto fondamentale, aumentando così a dismisura la discrezionalità dell'interprete ed abbassando le difese, quindi, contro gli arbitri giudiziali.

Non si intende qui esprimere un'opinione sul concreto verificarsi di tali abusi. Certo è che la probabilità che ciò accada va di pari passo con l'incremento della lista dei suddetti valori sottesi alla Convenzione: al rigetto storico dell'ideologia nazista e del razzismo ad essa associato, si sono via via aggiunti, prima, la pace e la giustizia, poi, i valori connessi alla democrazia, ancora, la tolleranza, il rispetto per l'eguale dignità umana, la non discriminazione e la pace sociale, ed infine, la risoluzione pacifica dei conflitti, anche internazionali, e la sacralità della vita umana.

Ci si chiede se la loro comune derivazione dall'idea di tolleranza, che sta alla base della democrazia liberale, possa fornire un minimo comune denominatore maggiormente afferrabile a questo insieme valoriale,

⁷²² Anche A. WEBER, *Manuel sur le discours de haine*, cit. pp. 4-5, 23, 26-27, considera l'*hate speech* la “ligne de partage” che, nella giurisprudenza della Corte, consente di individuare le espressioni escluse dal campo di applicazione della libertà di espressione.

orientandolo in senso teleologico. La risposta potrebbe andare ricercata in quel compromesso tra diritti individuali ed interessi generali che informa, ad avviso della Corte, l'intero sistema convenzionale. Da questo punto di vista, e richiamando le logiche inerenti la *wehrhafte Demokratie* dalle quali deriva, l'art. 17 dovrebbe essere ricondotto alla sua funzione originaria, legata alla salvaguardia della *stabilità democratica*, la quale non potrebbe che essere intesa in un senso materiale, in cui le tutele vadano finalizzate alla conservazione della *pace sociale*⁷²³.

Così interpretato, l'abuso del diritto non potrebbe entrare in gioco in ragione del mero accertamento di uno *scostamento assiologico*, cioè di uno iato tra i valori che stanno alla base di una certa opinione e quelli sottostanti alla Convenzione. Occorrerebbe altresì verificare, come richiedevano le prime decisioni in materia, che le attività di cui si tratta siano "dirette alla distruzione o alla limitazione dei diritti e delle libertà sanciti dalla CEDU"⁷²⁴.

⁷²³ Cfr. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, cit., p. 216, che identifica lo scopo della clausola sull'abuso del diritto nella protezione dell'ordine pubblico e della sicurezza interna dello Stato. Secondo alcuni autori, tra cui G. COHEN-JONATHAN, *Négationnisme et droits de l'homme*, cit., p. 577, il negazionismo – in quanto forma strisciante di razzismo – rappresenta un fattore di esclusione profondamente distruttivo del tessuto sociale. Non si mette qui in dubbio che nella stragrande maggioranza dei casi tali discorsi siano effettivamente ispirati da motivi razzisti, tendenti a "riabilitare il regime nazista, [...] accusando gli ebrei di falsificazione della storia" (*ibid.*, p. 571). I principi fondamentali del diritto penale, tuttavia, primi tra tutti la presunzione d'innocenza, il principio di colpevolezza e quello di proporzionalità, esigono che ogni vicenda venga trattata *ex novo*, sia valutata in base ai suoi tratti specifici, e non possa essere liquidata con comode presunzioni di pericolosità. Così, occorrerà provare, volta per volta, la portata offensiva concreta delle opinioni negazioniste, non bastando la generica allegazione di una loro intrinseca idoneità a ledere la dignità umana e compromettere la coesione sociale.

⁷²⁴ Cfr. *Lawless v. Ireland* (3), cit., (the law), par. 7; *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, cit., (the law), pp. 195-196; *United Communist Party v. Turkey*, cit., par. 32, 60; *Socialist Party v. Turkey*, cit., par. 29, 53; *Freedom and Democracy Party v. Turkey*, cit., par. 47; *Sidiropoulos and Others v. Greece*, 10 luglio 1998, 26695/95, par. 29.

7.3. La protezione del sistema democratico contro l'erosione del rispetto dovuto alle vittime di gravi violazioni dei diritti umani

La lettura dell'art. 17 appena proposta va però vagliata alla luce di altre decisioni che presentano alcuni aspetti di similitudine con quelle in tema di negazionismo. I casi che seguono, analogamente a quelli di contestazione dell'Olocausto, forniscono qualche indicazione su un altro motivo ritenuto dalla Corte idoneo a legittimare una chiamata in causa dell'art. 17, cioè lo sprezzo e la denigrazione delle vittime di un grave crimine, implicati dalla negazione degli eventi storici che vi hanno dato origine.

Il caso *Orban* ha suscitato molto scalpore in Francia⁷²⁵. Nel 2001 il ricorrente aveva pubblicato il libro *Services Spéciaux Algérie 1955-1957*, scritto dal Generale Paul Aussaresses, un ex componente dei servizi speciali francesi. Il Generale, nell'ambito del racconto della sua esperienza di soldato inviato in Algeria, narrava le torture e le esecuzioni sommarie compiute durante la guerra. Dall'opera è derivata una condanna per apologia di crimini di guerra, poiché le corti interne hanno rilevato che lo scopo dell'autore era quello di persuadere i lettori della legittimità ed inevitabilità dei crimini commessi durante la guerra d'Algeria.

Nel corso del procedimento davanti agli organi di Strasburgo, il governo invoca l'applicazione dell'art. 17, stante l'asserita contrarietà allo spirito della Convenzione di affermazioni apologetiche rispetto agli atti di tortura e alle esecuzioni sommarie, giustificati in nome della lotta al terrorismo⁷²⁶.

La Corte richiama il caso *Garaudy* in cui l'abuso del diritto era stato ritenuto sussistente in relazione ad un libro a scopo marcatamente negazionista. Si ricorderà che, in *Garaudy*, i giudici erano passati dal concetto di negazione di un fatto storico chiaramente stabilito a quello di negazione dei crimini contro l'umanità commessi dai nazisti. In quel caso, le due nozioni valevano indifferentemente a designare la contestazione dell'Olocausto. Nelle motivazioni del caso *Orban*, invece, la Corte compie un salto non solo

⁷²⁵ *Orban et autres c. France*, 15 gennaio 2005, 20985/05.

⁷²⁶ *Orban et autres c. France*, cit., par. 27.

terminologico ma sostanziale: viene infatti per la prima volta stabilito il principio secondo il quale le affermazioni aventi inequivocabilmente lo scopo di *giustificare crimini di guerra* quali la tortura o le esecuzioni sommarie sono parimenti destinate, in virtù dell'art. 17, all'esclusione dalla tutela dell'art. 10⁷²⁷. Ci si soffermerà in seguito sulle notevoli conseguenze che questo mutamento di paradigma, per ora solo preannunciato, produce sul negazionismo⁷²⁸.

Nella vicenda in esame la Corte esclude che il libro evidenzi un tale scopo illecito, essendo invece diretto a contribuire ad un dibattito storico, arricchendolo con la testimonianza diretta di uno dei protagonisti⁷²⁹. Il fatto che l'autore abbia effettivamente cercato di convincere i lettori dell'inevitabilità di quei crimini non è perciò un fattore decisivo, considerando che l'opera si inserisce indubbiamente entro un dibattito di interesse generale di grande importanza per la memoria collettiva⁷³⁰. Nemmeno la circostanza che il ricordo delle torture resti ancora vivo e doloroso nella memoria delle vittime vale a rendere la condanna una misura necessaria, considerando che gli eventi si sono prodotti più di quarant'anni prima⁷³¹.

Un'altra vicenda di grande interesse prende spunto dalla sanzione penale irrogata in Ungheria ad un manifestante che, sulla propria giacca, metteva in mostra una stella rossa a cinque punte, in violazione del divieto di esposizione di simboli totalitari⁷³². Il governo, ritenendo la stella rossa il simbolo di idee e pratiche totalitarie – quelle connesse con il bolscevismo –, come tali contrarie al testo e allo spirito della Convenzione, richiede l'applicazione dell'art. 17 tracciando un'analogia con l'indirizzo della Corte in relazione alle espressioni razziste ed antisemite⁷³³.

I giudici di Strasburgo, distinguendo il caso di specie dai precedenti richiamati dallo Stato resistente, non accolgono la domanda, fondandosi su tre criteri capaci di orientare la futura interpretazione dei presupposti applicativi

⁷²⁷ *Orban et autres c. France*, cit., par. 35.

⁷²⁸ V. *infra*, § III.11.

⁷²⁹ *Orban et autres c. France*, cit., par. 35.

⁷³⁰ *Orban et autres c. France*, cit., par. 49, 54.

⁷³¹ *Orban et autres c. France*, cit., par. 52.

⁷³² *Vajnai v. Hungary*, 8 luglio 2008, 33629/06.

⁷³³ *Vajnai v. Hungary*, cit., par. 22.

dell'abuso del diritto⁷³⁴. In primo luogo, il ricorrente non apparteneva ad un gruppo che perseguisse scopi totalitari. In secondo luogo, non aveva espresso *disprezzo per le vittime di un regime totalitario*. Infine, la manifestazione del pensiero era del tutto estranea alla propaganda razzista. La stella rossa, in definitiva, rappresentava il simbolo di un legittimo movimento politico di sinistra.

Nel merito, vale la pena notare come la Corte abbia ritenuto sproporzionata l'ingerenza statale facendo riferimento al contesto storico-politico dell'Ungheria. Dalla fine del sistema comunista, infatti, erano oramai trascorsi due decenni, durante i quali il paese aveva dimostrato di essere una *democrazia stabile*, pienamente integrata nel sistema dell'Unione europea⁷³⁵. Non sussisteva alcun elemento che suggerisse l'esistenza di un *concreto ed imminente pericolo* che un gruppo politico potesse restaurare la dittatura comunista, né era da ritenersi sufficiente a convalidare la restrizione il timore che la stella rossa avrebbe potuto contribuire alla diffusione dell'ideologia che sottende, per quanto detestabile questa possa essere⁷³⁶. Nemmeno ci si poteva basare sul pericolo meramente ipotetico che l'esibizione del simbolo avrebbe sollevato disordini, in assenza di un accertamento sul fatto che ciò configuri una forma di *propaganda del totalitarismo*⁷³⁷.

In chiusura, la Corte torna sulla questione delle vittime, stabilendo un importante principio. Pur riconoscendo che lo sfoggio di un simbolo associato ad un sistema totalitario è suscettibile di provocare turbamento nelle vittime di quel regime, i giudici affermano come questo fattore non possa da solo fissare i limiti della libertà di espressione⁷³⁸. In considerazione delle note garanzie che lo Stato ungherese ha fornito – legalmente, moralmente e materialmente – alle vittime del comunismo, l'inquietudine delle vittime non può ritenersi una paura razionale. Ad avviso della Corte, non possono giudicarsi conformi ai

⁷³⁴ *Vajnai v. Hungary*, cit., par. 24-25.

⁷³⁵ *Vajnai v. Hungary*, cit., par. 49.

⁷³⁶ *Vajnai v. Hungary*, cit., par. 49, 56.

⁷³⁷ *Vajnai v. Hungary*, cit., par. 55.

⁷³⁸ *Vajnai v. Hungary*, cit., par. 57. Nello stesso senso, *Fáber v. Hungary*, cit., par. 57 (caso riguardante l'esposizione di una bandiera ricollegata ad ideali nazi-fascisti in prossimità di una manifestazione contro il razzismo).

bisogni sociali rilevanti in una società democratica le restrizioni ai diritti umani imposte al fine di soddisfare una (reale o immaginaria) opinione pubblica, visto che la società deve rimanere ragionevole nelle sue valutazioni⁷³⁹.

Il caso seguente prende le mosse dal massacro di Khojaly, una cittadina all'interno della contesa enclave del Nagorno Karabakh; si trattò di una vicenda molto dolorosa per il popolo azero, in cui persero la vita centinaia di civili e si contarono migliaia di feriti⁷⁴⁰. Gli eventi costituiscono uno dei più tragici momenti nella storia nazionale dell'Azerbaijan, che celebra ed onora la memoria delle vittime (quasi tutte di origine azera) di quella battaglia. Il caso giudiziario nasce dalla condanna per diffamazione subita da un giornalista, a causa di un reportage in cui sosteneva la corresponsabilità di alcuni combattenti azeri nell'uccisione e nella mutilazione di una parte delle vittime di Khojaly.

Dinnanzi alla Corte di Strasburgo, il governo dell'Azerbaijan chiede l'applicazione dell'art. 17, facendo presente che gli articoli del giornalista ricorrente costituiscono una forma di revisionismo storico, visto il loro contrasto con la considerevole mole di prove secondo cui le colpe per i massacri sarebbero esclusivamente di parte armena⁷⁴¹.

La Corte rigetta l'istanza governativa, distinguendo questa controversia dai precedenti in tema di negazionismo, stante l'assenza di una contestazione dei fatti storici chiaramente stabiliti. Nel caso di specie, infatti, il ricorrente non aveva negato il fatto che le uccisioni fossero effettivamente avvenute, né aveva espresso *disprezzo* verso le vittime⁷⁴². Sostenendo la parziale corresponsabilità dei combattenti azeri, il reportage non faceva altro che sposare una delle opinioni del dibattito storico ancora in corso. Non intendeva invece *scagionare* le persone comunemente incolpate dei massacri, né *mitigarne* le responsabilità o *approvarne* le azioni⁷⁴³. Nel prosieguo della sentenza, i giudici si soffermano ancora su questo criterio, osservando come

⁷³⁹ *Vajnai v. Hungary*, cit., par. 57.

⁷⁴⁰ *Fatullayev v. Azerbaijan*, 22 aprile 2010, 40984/07.

⁷⁴¹ *Fatullayev v. Azerbaijan*, cit., par. 67-68.

⁷⁴² *Fatullayev v. Azerbaijan*, cit., par. 81.

⁷⁴³ *Fatullayev v. Azerbaijan*, cit., par. 81.

nessuna delle dichiarazioni del giornalista avesse messo in dubbio la gravità delle sofferenze inflitte alle vittime⁷⁴⁴. Nonostante gli articoli biasimassero certi combattenti azeri per aver sparato su alcuni rifugiati, non si può dire – secondo la Corte – che tali scritti intendessero umiliare o svilire le vittime della tragedia di Khojaly insinuando in qualche modo che il loro destino fosse stato in realtà meno avverso; anzi, il giornalista aveva espresso costernazione nei loro confronti, per quella che aveva definito una “tragedia”⁷⁴⁵.

L’ultimo caso che si vuole qui presentare trae origine da una vignetta satirica, riguardante l’attacco alle torri gemelle di New York, pubblicata due giorni dopo l’11 settembre 2001⁷⁴⁶. Al disegno che mostrava la distruzione dei due edifici, si accompagnava la scritta, ispirata ad un celebre slogan pubblicitario: “noi tutti l’avevamo sognato... Hamas l’ha realizzato”. L’autore è stato per questo condannato per il reato di apologia del terrorismo⁷⁴⁷.

Anche in tale occasione, la Corte si trova a dover rispondere alla richiesta governativa di dare applicazione all’art. 17, fondata sulla considerazione che le condannate espressioni sarebbero ancora più gravi, e porrebbero un rischio ancora maggiore, ove raffrontate al negazionismo⁷⁴⁸. Il rigetto dell’istanza mette a fuoco ulteriormente la speciale valenza assegnata dalla Corte al rispetto richiesto verso le vittime di gravi crimini. Da un lato, si nota come il messaggio di base veicolato dalla vignetta – la distruzione dell’imperialismo americano – non tendesse alla negazione dei diritti fondamentali, né equivallesse alle affermazioni contrastanti con i valori sottesi alla Convenzione, quali il razzismo, l’antisemitismo e l’islamofobia⁷⁴⁹. Dall’altro lato, i giudici stabiliscono che la pubblicazione umoristica non rappresenta una giustificazione dell’attacco terroristico *talmente univoca* da meritare

⁷⁴⁴ *Fatullayev v. Azerbaijan*, cit., par. 98.

⁷⁴⁵ *Fatullayev v. Azerbaijan*, cit., par. 98.

⁷⁴⁶ *Leroy c. France*, 2 ottobre 2008, 36109/03. Per un commento, v. B. NICAUD, *La Cour européenne des droits de l’homme face à la caricature de presse*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2009, pp. 1109-1119.

⁷⁴⁷ *Leroy c. France*, cit., par. 6, 11.

⁷⁴⁸ *Leroy c. France*, cit., par. 23-24.

⁷⁴⁹ *Leroy c. France*, cit., par. 27.

l'esclusione dalla protezione assicurata alla stampa dall'art. 10⁷⁵⁰. Inoltre, l'offesa alla memoria delle vittime cagionata dalla vignetta deve essere *bilanciata* con il diritto – non assoluto – alla libertà di espressione⁷⁵¹. La legittimità della sanzione imposta dalle corti interne, di conseguenza, viene esaminata (ed affermata) ai sensi dell'art. 10.

7.3.1. *I principi dedotti: riepilogo*

Le decisioni appena esposte mettono in risalto un'altra sfaccettatura dell'esclusione dalle garanzie convenzionali, *ex art. 17*, della negazione dei fatti storici chiaramente stabiliti. Attraverso il ripetuto *distinguishing* con i casi di negazionismo, che la Corte è stata chiamata ad effettuare per motivare il rigetto delle istanze governative volte ad estendere l'area di applicazione dell'abuso del diritto, è stato possibile dedurre quali principi avessero orientato l'organo di Strasburgo in tale ambito.

Si era osservato nei paragrafi precedenti come non tutte le vicende in tema di negazionismo potessero essere ricondotte sotto l'etichetta delle attività razziste o filo-naziste – inquadramento che permetteva di spiegare con relativa agilità la loro estromissione dal perimetro convenzionale, richiamando il contesto storico da cui è sorta la CEDU –. Neppure il rilievo che l'art. 17 si è nel frattempo arricchito di nuovi significati, quali la lotta alla discriminazione (non solo etnico-razziale) e all'intolleranza, ha offerto una risposta convincente alla domanda che ci si era posti. I casi esaminati nel paragrafo precedente paiono invece far affiorare un nuovo profilo della disposizione sull'abuso del diritto – ed, in ultima istanza, dei valori sottesi alla Convenzione –, che sembrerebbe cogliere nel segno.

Il sistema convenzionale implicherebbe il rifiuto, per intrinseca incompatibilità, di tutte le attività tendenti ad intaccare la *dignità delle vittime* di gravi violazioni dei diritti umani. Una delle forme più comuni e più degradanti di offesa a tale essenziale attributo della personalità consisterebbe proprio nell'infangare la memoria dei crimini da esse subiti, mediante condotte di vilipendio, denigrazione o dilleggio. È in questo senso che deve

⁷⁵⁰ *Leroy c. France*, cit., par. 27.

⁷⁵¹ *Leroy c. France*, cit., par. 27.

essere letta la frequente affermazione secondo cui la negazione o la minimizzazione delle violazioni sofferte equivale ad una perpetuazione dell'offesa⁷⁵².

Le decisioni sopra esposte hanno dimostrato come esistano due facce in cui si concretizza questa speciale attenzione del sistema convenzionale per le vittime di gravi violazioni dei diritti umani.

Innanzitutto, un'espressione che riguarda vicende criminose di particolare drammaticità è di per sé idonea a provocare un *turbamento emotivo* nelle vittime di tali eventi, nei loro familiari ed in ogni altra persona coinvolta. Come sostenuto dai governi resistenti in una moltitudine di casi⁷⁵³, una valida ragione per limitare la libertà di parola risiederebbe nelle sofferenze che la discussione intorno a certi avvenimenti sarebbe come tale ancora capace di provocare. La Corte ha tuttavia replicato che le – pur legittime – preoccupazioni intorno all'inquietudine e all'angoscia delle vittime non possono da sole fissare i confini della libertà di espressione. Questo fattore andrebbe cioè *bilanciato* con le altre circostanze del caso concreto; tra di esse, i giudici hanno ritenuto rilevante il tempo trascorso dagli eventi ed il contesto storico-politico del paese. Quanto a quest'ultimo elemento, ad esempio, la Corte ha fatto riferimento alla stabilità democratica ormai raggiunta dall'Ungheria, Stato pienamente integrato nell'Unione europea. Pertinenti sono state valutate anche le rassicurazioni e le garanzie fornite alle vittime da parte delle autorità nazionali, cosicché non possa più essere ragionevolmente temuta la restaurazione del passato regime totalitario. In questo senso, un'interferenza con la libertà di parola non può essere giustificata adducendo genericamente l'inquietudine nell'opinione pubblica o l'allarme sociale che un'affermazione è creduta capace di generare, ma dimostrando un pericolo concreto ed imminente di destabilizzazione democratica.

La seconda sfaccettatura, nella protezione della dignità delle vittime, concerne il *riconoscimento* delle sofferenze patite, garantito contro le azioni di

⁷⁵² Così, ad esempio, P. WACHSMANN, *Liberté d'expression et négationnisme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 589; M. OETHEIMER, *Protecting Freedom of Expression: The Challenge of Hate Speech [...]*, in *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, 2009, p. 432.

⁷⁵³ V., ad esempio, *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 43; *Orban et autres c. France*, cit., par. 28; *Vajnai v. Hungary*, cit., par. 33.

discredito delle violazioni subite. Le restrizioni di discorsi diretti a negare o minimizzare gli eventi tragici del passato si fonderebbero proprio sull'esigenza di mantenere intatta una memoria collettiva che contribuisce a modellare l'identità del gruppo vittimizzato. Nel caso *Fatullayev*, ad esempio, la Corte ha enucleato due elementi rilevanti in questa valutazione: da un lato, la presenza, o meno, di una volontà di scagionare i colpevoli delle violazioni o di attenuarne comunque le responsabilità; dall'altro, lo scopo delle espressioni di mettere in dubbio l'entità del dolore subito dalle vittime o minimizzare l'avversità del loro destino⁷⁵⁴ – ciò che equivale, in fondo, a disconoscerne la qualità di vittime autentiche –.

Sembrerebbe essere proprio quest'ultimo l'aspetto sotteso all'applicazione dell'art. 17 alla negazione dei fatti storici chiaramente stabiliti. Il generico riferimento al disprezzo o alla denigrazione delle vittime – che si rinviene in alcune delle stringate motivazioni nei casi di negazionismo – andrebbe allora più specificamente declinato come *disconoscimento della loro qualità*, e quindi di una parte essenziale della loro identità; ciò può avvenire attraverso svariate tecniche argomentative, tra cui – come detto – la minimizzazione delle responsabilità degli autori delle violazioni, la messa in dubbio dei fatti o l'insinuazione che anche le vittime condividano delle colpe in relazione a quanto avvenuto, magari celate attraverso un'opera di falsificazione della storia.

Stando così le cose, tuttavia, pare che la categoria dei “fatti storici chiaramente stabiliti” pecchi, allo stesso tempo, di eccessiva ampiezza e di

⁷⁵⁴ Si notino le motivazioni, riportate in un recente caso di fronte alla Corte EDU (*Peta Deutschland v. Germany*, 8 novembre 2012, 43481/09, par. 18), addotte dalla Corte federale tedesca per confermare il divieto di pubblicare un annuncio in cui il destino delle vittime dell'Olocausto veniva paragonato a quello degli animali allevati in maniera intensiva: tale campagna “banalizzava il destino delle vittime dell'Olocausto” e ledava dunque i diritti della personalità riconosciuti in capo alla comunità ebraica. Considerando che questa consapevolezza di un comune tragico destino è parte dell'immagine che di sé hanno gli ebrei che vivono in Germania, il *Bundesgerichtshof* decideva di accordare preferenza al loro interesse e di vietare quindi la diffusione del messaggio animalista.

un'incoerente ristrettezza⁷⁵⁵. Da una parte, il significato letterale della nozione include eventi dei quali non emerge necessariamente l'attuale drammaticità; dall'altra, potrebbero rimanere esclusi fatti, specialmente recenti, che pur non essendo ancora "storicamente" accertati – nel senso che manca un consolidamento dei relativi studi storico-accademici –, si configurino come "giudizialmente" stabiliti, in virtù dei procedimenti giudiziari che li hanno riguardati. Si pensi, ad esempio, alla qualificazione del massacro di Srebrenica come genocidio – definitiva a livello giuridico, ma ancora al centro del dibattito degli studiosi⁷⁵⁶ – o ai motivi scatenanti la guerra in Sierra Leone, in relazione ai quali divergono le valutazioni del Tribunale penale speciale e della Commissione di verità e riconciliazione⁷⁵⁷.

Si ritiene che siano anche queste le ragioni che hanno recentemente indotto la Corte di Strasburgo a quella ridefinizione del proprio orientamento già sopra anticipata. Come si vedrà nel prosieguo del lavoro, i giudici hanno gradualmente (ma, si direbbe, inequivocabilmente) spostato il fuoco del revisionismo contrario ai valori convenzionali: dalla negazione dei fatti storici

⁷⁵⁵ Per "fatti storici chiaramente stabiliti" si intende qui "fatti storicamente stabiliti", visto che la Corte ha sempre fatto riferimento, nell'utilizzo di questo concetto, alle posizioni degli storici su un certo evento e non ad eventuali pronunciamenti giurisdizionali o legislativi.

⁷⁵⁶ Per le sentenze che qualificano gli eventi di Srebrenica come genocidio, v. *infra*, nota 807. Per una critica a tale caratterizzazione giuridica, fondata sull'elemento del dolo specifico, v., ad esempio, K.G. SOUTHWICK, *Srebrenica as Genocide? The Krstic Decision and the Language of the Unspeakable*, in *Yale Human Rights & Development Law Journal*, 2005, pp. 188-227.

⁷⁵⁷ V., ad esempio, W.A. SCHABAS, *Charles Taylor Judgment Suggests a More Modest Level of Participation in the Sierra Leone Conflict*, 28 April 2012, in <http://humanrightsdoctorate.blogspot.it/>, in cui sostiene *inter alia*, commentando la sentenza emessa contro Charles Taylor: "One of the intriguing features of the transitional justice mechanisms in Sierra Leone is that the two main bodies, the Special Court and the Truth Commission, have not necessarily shared the same vision of the conflict. The Court has focused on external factors, blaming Taylor, Ghaddafi and others for the civil war. The Truth Commission, on the other hand, tended to downplay the role of external actors like Taylor and proposed an analysis that found the main cause of the conflict to be the decades of tyranny and corruption within Sierra Leone". V., più in generale, W.A. SCHABAS, *Conjoined Twins of Transitional Justice?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, pp. 1082-1099.

chiaramente stabiliti, elaborata a partire da *Lehideux*, a quella, sposata da poco, dei crimini contro l'umanità⁷⁵⁸.

All'analisi di questo ultimissimo sviluppo giurisprudenziale pare utile anteporre qualche considerazione in merito ad un altro profilo della disposizione sull'abuso del diritto, vale a dire i suoi presupposti di intervento, per meglio delineare i contorni di quel criterio di gravità, prima ipotizzato, che potrebbe orientare la sua applicazione.

8. La “gravità” quale canone di applicazione dell'art. 17 CEDU

8.1. La duplice natura dell'abuso del diritto

L'analisi della giurisprudenza ha fatto emergere come l'abuso del diritto sia stato interpretato in due modi distinti: o va ad escludere *ratione materiae* una certa condotta dalla protezione della CEDU – si tratta del c.d. *effetto ghigliottina* –, oppure interviene come un fattore che va in qualche modo ad influire sul giudizio *ex art. 10* – diventa cioè un *adiuvante interpretativo* –. Si è visto come quest'ultima modalità caratterizzi principalmente quella che è stata individuata come la “seconda fase” dell'orientamento dei giudici europei sul negazionismo, in cui l'art. 17 assurge ad elemento che integra quei “duties and responsibilities” che devono informare ogni legittima manifestazione del pensiero, influenzando il giudizio di necessità della misura restrittiva. La prima tipologia di intervento, invece, dopo aver fatto un'estemporanea apparizione in due risalenti vicende⁷⁵⁹, è ricomparsa prepotentemente in alcuni recenti casi riguardanti razzismo, antisemitismo ed islamofobia, nonché nelle decisioni rientranti nella terza fase della giurisprudenza sul negazionismo⁷⁶⁰. Ci si chiede se quest'ultimo indirizzo abbia soppiantato il primo, oppure se le

⁷⁵⁸ *Janowiec and Others v. Russia*, 16 aprile 2012, 55508/07 e 29520/09, par. 165.

⁷⁵⁹ *Parti Communiste d'Allemagne c. Allemagne*, cit.; *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, cit.

⁷⁶⁰ D. KEANE, *Attacking Hate Speech Under Article 17*, cit., p. 647 parla al riguardo di “resurrection” (risurrezione) di questa interpretazione dell'art. 17.

due funzioni assegnate alla disposizione convivano e vengano selezionate in base alla gravità delle condotte.

Una delle opinioni dissenzienti in *Lehideux* ammette la *coesistenza* di questo duplice atteggiarsi dell'art. 17⁷⁶¹. I giudici da un lato escludono un suo ruolo “forte” nel caso in giudizio, stante il carattere troppo indiretto della condotta. Dall'altro, però, ritengono che l'art. 17 abbia comunque svolto nel ragionamento della Corte una funzione “ausiliaria”, in ragione del fatto che alcuni passaggi dello scritto pubblicato dai ricorrenti erano suscettibili di essere interpretati come un'implicita approvazione di politiche antisemite.

La disposizione sull'abuso del diritto non limita cioè le sue potenzialità ad un effetto di “*déchéance pure et simple*”⁷⁶² in sede di ammissibilità del ricorso; a questo modo di operare se ne affiancherebbe uno di ulteriore, che la vede tramutarsi in un “*principe d'interprétation*” per stabilire la necessità di una restrizione ad un diritto specifico, in questi casi alla libertà di espressione⁷⁶³.

⁷⁶¹ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., *Joint Dissenting Opinion of Judges Foighel, Loizou and Sir John Freeland*, par. 6. Su questa ambivalenza della clausola prevista dall'art. 17, v., ad esempio, M. LEVINET, *La fermeté bienvenue de la Cour européenne*, cit., pp. 656-658 (che parla di applicazione “indiretta” dell'art. 17, criticando gli organi di Strasburgo per un'applicazione approssimativa e disordinata della disposizione); Y. ARAI, *Prohibition of Abuse of the Rights*, cit., p. 1086 (che pure fa riferimento alla nozione di applicazione “indiretta” dell'art. 17); I.C. KAMINSKI, “*Historical situations*” in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in Strasbourg, in *Polish Yearbook of International Law*, 2010, spec. pp. 44-54; F. TULKENS, *Freedom of expression and racism in the case-law of the European Court of Human Rights*, in *The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), Expert Seminar: Combating Racism While Respecting Freedom of Expression*, Strasburgo, 2007, pp. 54 s.; R. BIFULCO, A. CELOTTO, *sub art. 54 – Divieto dell'abuso di diritto*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 370; B. DUARTÉ, *Les partis politiques, la démocratie et la Convention européenne*, cit., p. 333 (che rileva come la Corte si sia finora rifiutata di prendere posizione su quale siano le conseguenze dell'art. 17, cioè su quale delle due interpretazioni alternative sia da preferire).

⁷⁶² S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne*, cit., p. 551; il termine, traducibile in inglese come “forfeiture of rights”, indica la “decadenza” da un diritto.

⁷⁶³ G. COHEN-JONATHAN, *Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 667-668.

Anche in quest'ultima evenienza, la logica sottostante all'art. 17 consisterebbe nel fermo scoraggiamento delle attività volte alla promozione di *valori ostili* a quelli sottostanti alla Convenzione⁷⁶⁴. Ad avviso di autorevole dottrina, questo utilizzo della disposizione sarebbe più che altro dovuto all'impatto troppo "esorbitante" dell'effetto ghigliottina, che scatenerrebbe le critiche dei "fondamentalisti della libertà di espressione"⁷⁶⁵.

A queste due funzioni dell'abuso del diritto corrisponde un'ambivalenza della sua natura. Quando agisce in modo "forte", estromettendo certe espressioni dall'ambito protettivo della CEDU, esso opera nella preliminare fase dell'ammissibilità del ricorso; in tali casi la Corte non passa nemmeno a valutare il merito delle doglianze. L'esame diverge quindi sensibilmente da quello ordinariamente condotto in relazione alle restrizioni alla libertà di parola⁷⁶⁶.

Talvolta, invece, l'art. 17 supera il vaglio di ammissibilità e viene a giocare un ruolo "ausiliario" nella fase di merito. La Corte, in questi casi, o dichiara di interpretare la libertà di espressione "alla luce" dell'art. 17⁷⁶⁷, oppure ritiene che l'applicabilità di quest'ultima disposizione possa essere decisa, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, solo al termine della valutazione *ex art. 10* (o *ex art. 11*)⁷⁶⁸. Come accadeva per il negazionismo

⁷⁶⁴ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., *Joint Dissenting Opinion of Judges Foighel, Loizou and Sir John Freeland*, par. 6.

⁷⁶⁵ G. COHEN-JONATHAN, *Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale*, cit., p. 680.

⁷⁶⁶ V., ad esempio, *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par. 1(i), p. 29; *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the law), par. 2, p. 8; *W.P. and others v. Poland*, cit., (the law), par. 2(b)(iii), p. 11; *Pavel Ivanov c. Russia*, cit., (the law), par. 1, p. 4; *Hizb Ut-Tahrir and others v. Germany*, cit., par. 74-75; *Norwood v. the United Kingdom*, cit., (the law), p. 4.

⁷⁶⁷ V., ad esempio, *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 38; v., altresì, *Concurring Opinion of Judge Jambrek*, par. 1; *Castells c. Espagne*, Rapport de la Commission, 8 gennaio 1991, 11798/85, *Opinion dissidente de M. J.A. Frowein et de Sir Basil Hail*.

⁷⁶⁸ V., ad esempio, *Refah Partisi v. Turkey*, cit., par. 96; *United Communist Party v. Turkey*, cit., par. 32. A questo schema decisorio sembrerebbe possano essere assimilate le decisioni in cui la questione circa l'applicabilità dell'art. 17 è stata esaminata congiuntamente al merito in quanto giudicata "strettamente legata alla sostanza del ricorso fondato sull'art. 10, e in particolare alla questione della necessità [dell'interferenza] in una società democratica",

nella seconda fase della giurisprudenza europea in materia, l'abuso del diritto funge qui da veicolo di determinati interessi, influenzando, in modo non sempre privo di ambiguità, il giudizio di bilanciamento⁷⁶⁹.

Entrambe le modalità in cui interviene l'art. 17 sono comunque limitate alle materie – o, meglio, alle categorie di espressioni – sopra individuate⁷⁷⁰. Si vedrà di seguito che mentre l'effetto ghigliottina dell'abuso del diritto, che sembra avere preso il sopravvento negli ultimi anni, è stato gradualmente limitato alle espressioni che denotano una certa gravità, rimane incerto il destino del suo ruolo ausiliario. Oramai di rado, ad una valutazione di non sufficiente gravità delle condotte consegue un esplicito utilizzo dell'art. 17 quale canone interpretativo attraverso cui vagliare la necessità dell'ingerenza statale⁷⁷¹; più di frequente, la Corte svolge l'esame ai sensi del solo art. 10,

v. Soulas et autres c. France, cit., par. 23; *Féret c. Belgique*, cit., par. 52. V., altresì, *Varela Geis c. Espagne*, cit., par. 31.

⁷⁶⁹ In alcuni casi ciò viene esplicitato in maniera molto chiara, v., ad esempio, *Schimanek v. Austria*, cit., (the law), par. 2(c), pp. 7-8. V., altresì, *Purcell et al. v. Ireland*, (dec.), 16 aprile 1991, 15404/89 (“By allowing, in Article 10 para. 2, certain restrictions on the exercise of the freedom of expression, the Convention recognises the principle that no group or person has the right to pursue activities which aim at the destruction of any of the rights and freedom enshrined in it (cf. Article 17 of the Convention)”); *Le Compte v. Belgium*, (dec.), 6 ottobre 1976, 6878/75 e 7238/75, (the law), sez. B, par. 1, p. 99 (“Lastly, if Article 11 is applicable in the case at issue and depending upon the scope attributed to it, it would have to be established whether the restrictions made by Belgian law and regulations may be justified in terms of Article 11 para. 2 and Article 17”).

⁷⁷⁰ V. *supra*, § III.7.

⁷⁷¹ Gli unici casi, negli ultimi quindici anni, in cui la Corte parrebbe aver svolto l'esame *ex art. 10* alla luce dell'art. 17 sono quelli in cui ha sostenuto che la questione sull'applicabilità di quest'ultimo era “strettamente connessa” alla sostanza del ricorso, decidendola poi al termine della fase di merito, v. *supra*, nota 768. Tra l'altro, non è nemmeno così sicuro che questa sia l'unica interpretazione possibile; sembra plausibile, come sostengono due Autori, che tale formula intenda piuttosto esprimere la necessità di un esame completo – e non solo *prima facie* – del caso, al fine di decidere, tenendo conto di tutte le circostanze concrete, se l'art. 17 sia applicabile o meno (H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause*, cit., p. 77). Un'applicazione *implicita* dell'art. 17 nel suo ruolo di ausilio interpretativo potrebbe inoltre rinvenirsi in altri due vicende: *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par. 1(ii), p. 30; *Karatepe c. Turquie*, cit., par. 30 (un caso incentrato su una condotta inquadrata dalla Corte come incitamento alla disobbedienza delle leggi laiche dello Stato turco, come tale in contrasto

senza che ciò sia influenzato – almeno, all'apparenza – dalle logiche dell'abuso del diritto.

8.2. Gli indici di gravità della condotta

L'insieme della giurisprudenza sull'abuso del diritto, nonché la coesistenza di questa sua duplice veste – escludente o adiuvante –, finisce però per richiedere una messa a punto della concezione che vede in questa disposizione solo uno strumento che introduce *content-based restrictions* nell'interpretazione della CEDU. Se così fosse infatti, l'art. 17 dovrebbe, in analogia con la modalità operativa esibita nei casi di nazismo e negazionismo, escludere dalla protezione convenzionale *ogni* espressione che rientri entro una delle identificate “materie” di applicabilità.

Tuttavia, come dimostrato da alcuni casi già descritti, non è stato sempre così. In *Féret*, nonostante la qualificazione delle contestate affermazioni come incitamento all'odio e alla discriminazione razziale, il giudizio si è svolto secondo i canoni previsti dall'art. 10. In *Le Pen* – che però non pare da ricondurre all'*hate speech* in senso stretto, essendosi il ricorrente limitato a suscitare un sentimento di ostilità e rigetto – il fatto che fosse stato sferrato un attacco ad un gruppo etnico-religioso nel suo complesso non ha portato all'applicazione dell'art. 17, al contrario di quanto avvenuto in *Norwood*, una vicenda in cui le espressioni erano state radicalmente escluse dalla protezione della CEDU proprio per il loro essere dirette contro la comunità musulmana nel suo complesso. Anche le riportate vicende in tema di razzismo e di antisemitismo hanno dimostrato che non sempre espressioni di questo tipo – nonostante il loro essere agli antipodi con i valori convenzionali – vengono assimilate ad un abuso del diritto, ma talvolta subiscono un rigetto fondato sull'art. 10⁷⁷².

con lo spirito di tolleranza ed i valori fondamentali di giustizia e pace sottostanti alla Convenzione; la Corte, concludendo che l'ingerenza statale è necessaria in una società democratica, sembra adottare lo stesso schema argomentativo caratterizzante la seconda fase della giurisprudenza sul negazionismo, pur senza citare espressamente l'art. 17).

⁷⁷² V. *supra*, §§ III.7.2.1.3, III.7.2.1.5, III.7.2.2, III.7.2.3.

L'art. 17, quindi, non sembrerebbe orientato a soli criteri “di contenuto”; la sua applicazione parrebbe dipendere in misura determinante anche dalla *gravità* della condotta⁷⁷³. Se in *Pavel Ivanov* la Corte ha fatto utilizzo della disposizione in ragione del carattere “*marcatamente antisemita*” delle affermazioni⁷⁷⁴, in altri casi si è opposta alle istanze governative in tal senso valutando le espressioni non sufficientemente gravi⁷⁷⁵. Nelle citate decisioni in tema di *hate speech*, dunque, la Corte potrebbe forse aver tacitamente deciso di riservare questo potente strumento giuridico ai discorsi che superano una certa soglia di pericolosità, come quelli idonei a favorire azioni di violenza oppure determinati da scopi discriminatori.

Tra i criteri per determinare la sussistenza della “sufficiente gravità” sembrerebbe che la Corte attribuisca un ruolo primario all'*univocità dello scopo* che ispira la condotta. In *Lehideux* i giudici si sono rifiutati di dare applicazione all'art. 17 in sede di ammissibilità perché le condotte erano connotate da un carattere troppo *indiretto*⁷⁷⁶. In *Vejdeland* l'abuso del diritto non è stato invocato in quanto le espressioni, pur gravi e pregiudizievoli, non

⁷⁷³ Detto altrimenti, l'applicazione dell'art. 17 risulta modulata secondo criteri di proporzionalità: così Y. ARAI, *Prohibition of Abuse of the Rights*, cit., p. 1086, che però (anche perché lo scritto è del 2006) sostiene che tale orientamento degli organi di Strasburgo è ancora *in fieri*. A favore di una lettura dei presupposti di applicabilità dell'art. 17 in termini di gravità anche A. TERRASI, *sub art. 17*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve*, cit., p. 583, che tuttavia sembra escludere la necessità di tale requisito per le attività che si pongono “apertamente in conflitto con i valori tutelati dal sistema convenzionale”, tra cui le espressioni negazioniste e, più in generale, le attività di ispirazione nazista.

⁷⁷⁴ *Pavel Ivanov c. Russia*, cit., (the law), par. 1, p. 4 (corsivo aggiunto). V., altresì, *Garaudy c. France*, cit., (en droit), par. 1(i), p. 29 (in cui la Corte assegna alle espressioni un carattere “marcatamente revisionista”).

⁷⁷⁵ *Soulas et autres c. France*, cit., par. 23, 48; *Féret c. Belgique*, cit., par. 52, 82; v., altresì, *Bingöl c. Turquie*, 22 giugno 2010, 36141/04, par. 32, 39 (in cui la Corte confuta l'analogia tra il caso di specie e quelli che hanno giustificato l'applicazione dell'art. 17, proposta dal governo convenuto, in quanto le contestate affermazioni – pur tratteggiando un quadro molto negativo dello Stato turco, dando così al discorso un carattere ostile – non erano “comparabili” a quelle negazioniste o contrarie ai valori fondamentali della CEDU).

⁷⁷⁶ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., *Joint Dissenting Opinion of Judges Foighel, Loizou and Sir John Freeland*, par. 6.

promuovevano *direttamente* la commissione di atti d'odio⁷⁷⁷. In un altro caso ancora, i giudici hanno stabilito che una certa vignetta non costituiva un'apologia di terrorismo *sufficientemente univoca* per giustificare l'esclusione dalle garanzie convenzionali⁷⁷⁸.

Anche nel caso ungherese di esibizione della stella rossa, a ben vedere, il fulcro del ragionamento dei giudici riposava nel fatto che tale simbolo, prestandosi a più di un significato, non poteva essere unicamente interpretato come una propaganda di idee totalitarie⁷⁷⁹. Più esplicitamente, in *Orban*, ad essere state dichiarate estranee al perimetro della libertà di parola erano state le espressioni aventi *inequivocabilmente* lo scopo di giustificare i crimini di guerra⁷⁸⁰. Allo stesso modo era stato prediletto l'approfondito esame *ex art. 10* nel caso della vignetta satirica antiamericana, dato il carattere normalmente ambiguo, allusivo e provocatorio di queste forme artistiche di critica politica⁷⁸¹. In altri casi, i giudici avevano specificato che l'art. 17 non poteva venire in rilievo poiché non era stato provato che le condotte fossero *dirette* a distruggere i diritti sanciti dalla Convenzione⁷⁸².

Un altro fattore cruciale sembrerebbe risiedere nella sussistenza di *interessi contrapposti*. Nel caso *Le Pen*, ad esempio, tali interessi potrebbero essere stati rinvenuti nel fatto che si trattava di “discorsi politici”, una categoria in relazione alla quale la Corte ha sempre ristretto al minimo le possibilità di ingerenze statali⁷⁸³. Un ulteriore elemento sta nella capacità dell'opinione manifestata di contribuire al dibattito su un tema di pubblico interesse, ciò che

⁷⁷⁷ *Vejdeland and others v. Sweden*, cit., par. 54; v., altresì, *Concurring Opinion of Judge Yudkivska Joined by Judge Villiger*, par. 5.

⁷⁷⁸ *Leroy c. France*, cit., par. 27.

⁷⁷⁹ *Vajnai v. Hungary*, cit., par. 25, 51-53.

⁷⁸⁰ *Orban et autres c. France*, cit., par. 35.

⁷⁸¹ *Leroy c. France*, cit., par. 27. B. NICAUD, *La Cour européenne des droits*, cit., pp. 1111-1112, si chiede se questa intrinseca natura equivoca non appartenga a tutte le forme di espressione artistica, che sarebbero perciò da escludere dal campo d'intervento dell'art. 17, necessitando di essere “examinée avec une attention particulière”.

⁷⁸² *United Communist Party v. Turkey*, cit., par. 32, 60; *Socialist Party v. Turkey*, cit., par. 29, 53; *Freedom and Democracy Party v. Turkey*, cit., par. 47.

⁷⁸³ *Wingrove v. United Kingdom*, 25 novembre 1996, 17419/90, par. 58; v., altresì, *supra*, § III.7.2.1.5.

non avviene quando essa contenga offese gratuite o qualora sia totalmente sconnessa dalla realtà dei fatti, come riscontrato nei casi di antisemitismo ed islamofobia⁷⁸⁴. Ciò appare chiaro anche in *Orban*: il fatto che le corti interne avessero posto in evidenza lo scopo di giustificare i crimini di guerra commessi in Algeria non è stato ritenuto decisivo dalla Corte, visto che il ricorrente intendeva soprattutto contribuire, con la sua testimonianza diretta, ad un dibattito storico su un argomento di elevato interesse pubblico⁷⁸⁵.

Da tutto ciò si deduce che negli ultimi anni la Corte – seppure non in assenza di qualche contraddizione – ha controbilanciato l’allargamento delle categorie di espressioni capaci di innescare l’art. 17 con lo sviluppo di un requisito di gravità delle condotte volto a confinare l’abuso del diritto a casi eccezionali⁷⁸⁶.

Rimane tuttavia ambigua la sorte delle affermazioni in contrasto con i valori sottostanti la Convenzione, ma non sufficientemente gravi per giustificare l’intervento “forte” dell’art. 17. In particolare, non è chiaro se l’abuso del diritto continui ad influenzare, esercitando il suo ruolo “ausiliario”, il giudizio di necessità previsto dall’art. 10 o, al contrario, ne rimanga del tutto escluso.

In ogni caso, ciò che più conta è l’esatta ricostruzione del concetto di gravità della condotta che apre la porte all’utilizzazione dell’art. 17. Si è appena fatto riferimento a criteri quali l’univocità dello scopo e la sussistenza di interessi contrapposti. Come già anticipato, sembrerebbe che la lettura della disposizione maggiormente rispettosa del testo convenzionale e della funzione inizialmente assegnata all’abuso del diritto sia quella che valorizza in senso materiale lo scopo di “distruggere o limitare i diritti sanciti dalla Convenzione”. Quindi, l’applicazione dell’art. 17, perlomeno nel suo ruolo

⁷⁸⁴ V. *supra*, §§ III.7.2.2, III.7.2.3.

⁷⁸⁵ *Orban et autres c. France*, cit., par. 49, 54.

⁷⁸⁶ V. *Paksas v. Lithuania*, cit., par. 87 (in cui la Corte stabilisce che l’art. 17 è “applicable only on an exceptional basis and in extreme cases”). È interessante notare che, in uno dei primissimi casi in cui si è discusso dell’interpretazione dell’art. 17, la Commissione EDU stabilì che tale disposizione ha “una portata assai limitata: non si applica che a coloro che minacciano il regime democratico degli Stati contraenti e in una misura strettamente proporzionale alla gravità e alla durata di tale minaccia” (*De Becker c. Belgique*, Rapport de la Commission, 22 gennaio 1960, 214/56, par. 279, p. 165).

escludente, sarebbe da limitare alla tutela della pace sociale, vale a dire a quella dell'*ordine pubblico materiale*⁷⁸⁷.

Si è sopra osservato come la giurisprudenza europea non sembri tuttavia sempre orientata in questa direzione. Nei casi in cui la Corte tutela i valori della tolleranza – concetto dimostratosi restio ad un'utilizzazione parca –, ma soprattutto quando ritiene incompatibile con la Convenzione gli attacchi alla dignità delle vittime dei gravi crimini, l'indirizzo dell'organo di Strasburgo sembra piuttosto rifarsi alla nozione di *ordine pubblico ideale*. Esisterebbero cioè dei *valori coessenziali alla costruzione convenzionale*, quali l'assoluto rigetto di nazismo e totalitarismo ed il rispetto dei diritti umani, da tutelare contro i tentativi di erosione. La democrazia insomma, nella visione della Corte, non poggerrebbe solo su presupposti di tipo fisico – la pace sociale – ma anche su un fondamentale sostrato ideologico, strettamente connesso alla salvaguardia dei diritti dell'uomo. Per questo, nell'interpretare la disposizione per eccellenza posta a difesa del sistema democratico, la Corte attribuisce pari rilevanza ad entrambi i profili.

In questo modo, tuttavia, il rischio di legittimare i reati d'opinione anche in riferimento alle espressioni meramente indesiderabili o contrastanti con le convinzioni della maggioranza appare elevatissimo. Anche ammettendo che questa sia la logica sottesa alla *wehrhafte Demokratie*, non pare accettabile che essa venga estesa indifferentemente a tutti gli ordinamenti europei, compresi quelli che a livello costituzionale a questa logica non aderiscono.

9. Il negazionismo alla luce dei criteri di applicabilità dell'art. 17 CEDU: una “deroga alle deroghe”

L'analisi del funzionamento e delle logiche sottese all'art. 17 contribuisce notevolmente a meglio inquadrare la giurisprudenza sul negazionismo.

⁷⁸⁷ La dottrina distingue tra l'ordine pubblico materiale (o empirico), identificato nella sicurezza e tranquillità pubblica, e l'ordine pubblico ideale (o normativo), che esprime invece l'insieme di norme e principi legali immanenti all'ordinamento e ritenuti indispensabili per la sua sopravvivenza. Per i pertinenti riferimenti bibliografici, v. *infra*, nota 885.

Come anticipato, la ragione iniziale che giustifica l'applicazione dell'abuso del diritto a tali espressioni risiede nel loro apparentamento con le attività di ispirazione nazista. Si tratta del "nucleo duro" dell'art. 17, discendente dalle circostanze storiche che hanno fatto da sfondo alla creazione del sistema convenzionale, avvenuta a pochi anni di distanza dagli orrori del Terzo Reich. Proprio in quanto rientranti nell'ideologia nazista, anche razzismo ed antisemitismo – spesso rinvenuti nelle espressioni negazioniste – vengono parimenti esclusi dal perimetro della CEDU.

Questa riconduzione del negazionismo alle categorie appena menzionate, tuttavia, non è mai stata svolta in maniera approfondita dalla Corte, la quale o si accontentava di ratificare gli accertamenti delle corti interne, o si avvaleva di una presunzione assoluta secondo cui le espressioni di negazionismo evidenzierrebbero di per sé intenti razzisti o filo-nazisti. In ogni caso, i giudici europei non sono mai giunti a compiere una valutazione delle circostanze del caso concreto, dimostrando un'inusitata deferenza verso le scelte restrittive nazionali⁷⁸⁸. Anche nelle (ormai risalenti) decisioni condotte secondo i criteri desunti dall'art. 10, la contemporanea chiamata in causa dell'abuso del diritto faceva sì che nessun elemento fattuale entrasse effettivamente nel bilanciamento tra gli interessi in conflitto, salvo l'esigenza di garantire la pacifica coesistenza della popolazione – spesso menzionata –. Talvolta, per affermare la legittimità dello scopo perseguito dalla misura restrittiva, venivano anche richiamate le circostanze storiche del paese.

Si è altresì osservato come tale paradigma non sia sufficiente a spiegare completamente lo speciale trattamento riservato al negazionismo. Un altro aspetto cruciale va identificato nell'offesa alla dignità delle vittime – derivante dal disconoscimento delle sofferenze da queste patite – che la messa in dubbio

⁷⁸⁸ Esclude che tale deferenza sia riconducibile alla dottrina del margine di apprezzamento, C. CARUSO, *Ai confini dell'abuso del diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale*, cit., pp. 350-351, che ne rinviene invece il fondamento nel "pluralismo militante" al quale avrebbero aderito i giudici europei, che si sostanzia nella prevalenza dell'ordine pubblico ideale europeo sulle singole situazioni soggettive tutelate dalla Convenzione.

dei crimini necessariamente comporta⁷⁸⁹. Se anche le condotte in parola non evidenziassero tratti razzisti o di giustificazione del nazismo, dunque, a determinarne la contrarietà ai valori sottesi alla CEDU sarebbe il loro carattere denigratorio nei confronti delle vittime del crimine oggetto della contestazione⁷⁹⁰.

I diritti delle vittime – come dedotto nei paragrafi precedenti – possono venire in rilievo in vari modi: da una parte, riaprendo il dibattito su temi dolorosi, idonei di per sé a provocare turbamento; dall'altra, tentando di discolpare i responsabili delle violazioni o di accusare implicitamente le vittime di falsificazione della storia.

Appare chiaro, tuttavia, come il negazionismo ancora sfugga alla ricostruzione sistematica desumibile dalle applicazioni dell'art. 17, configurandosi esso stesso come una *deroga ad un regime già derogatorio*. Scostandosi dai principi generali precedentemente illustrati, infatti, il negazionismo non è mai stato oggetto di un'analisi, da parte della Corte, volta a verificare in concreto la sussistenza dei presupposti che avrebbero dovuto orientare l'utilizzo dell'abuso del diritto. La sua affiliazione con le attività di tipo nazista è stata sempre presunta dai giudici e, nei casi in cui la condotta non fosse già stata inquadrata in questo modo dai tribunali interni, la Corte affermava – senza particolare approfondimento – come essa, sconfessando il loro tragico destino, dimostrasse disprezzo verso le vittime⁷⁹¹.

Ancora più lampante è la differenza di trattamento del negazionismo rispetto alle altre attività giudicate contrarie ai valori convenzionali. Persino in materia

⁷⁸⁹ In questo senso anche P. WACHSMANN, *Liberté d'expression et négationnisme*, cit., p. 591, il quale sostiene come la particolarità della negazione dell'Olocausto, oltre che nel suo carattere sistematico, risieda proprio nel suo cumulare una menzogna storica con l'intenzione di offendere le vittime di tale crimine.

⁷⁹⁰ Anche E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Torino, 2011, p. 126, nota un "eccezionale trattamento di sfavore 'a priori'" nei confronti del negazionismo e dell'antisemitismo.

⁷⁹¹ Critica l'"automatic, self-evident correlation between Holocaust denial and the denier's active undermining of the rights of others" anche J. TEMPERMAN, *Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech*, in *Brigham Young University Law Review*, 2011, p. 729.

di razzismo o di antisemitismo – i quali sembrano seguire immediatamente il nazismo, in un’ipotetica scala che misuri il “grado di contraddizione” di una categoria di opinioni con i valori della CEDU – la Corte ha sempre adottato il criterio selettivo della gravità e, quando tale soglia non fosse stata raggiunta, non ha esitato ad applicare l’art. 10⁷⁹². Giudicando sul negazionismo, viceversa, i magistrati europei non si sono mai davvero spinti a verificare l’univocità dello scopo perseguito dal ricorrente, né per valutarne il grado di pericolo hanno preso seriamente in considerazione il tenore delle affermazioni o il contesto in cui sono state esternate. Manca dunque un’analisi contestuale delle espressioni, così come una valutazione autonoma rispetto a quella fornita dai giudici interni o un vaglio di proporzionalità delle sanzioni inflitte (anche di natura carceraria). Il riferimento alle esigenze di difesa della democrazia, per di più, è sempre stato confinato a formule astratte senza mai andare ad accertare, ad esempio, se il sistema democratico dello Stato convenuto si fosse oramai stabilizzato; nemmeno si è tenuto in conto il fatto che – continuando ad usare le parole della Corte – a quasi settant’anni dagli avvenimenti certe opinioni non possono più essere trattate con la stessa severità riservata a fatti più recenti. Anche invocando il rispetto dovuto alle vittime di crimini così gravi, non si può fare a meno di ricordare che è stata la Corte stessa a stabilire come esso non possa da solo fissare i limiti della libertà di espressione, ma vada posto a confronto con gli interessi contrapposti – tra i quali spicca il valore essenziale, più volte riconosciuto dalla Corte, del dibattito intorno alla storia di un certo paese⁷⁹³ –. Quel compromesso – reiteratamente richiamato dai giudici – tra diritti individuali ed interessi generali sul quale riposa la

⁷⁹² V. *supra*, § III.7.2 e relativi sottoparagrafi. Sembra particolarmente illuminante la decisione in *Seurot c. France*, cit., (en droit), p. 9 (in cui la Corte ha preferito rigettare il ricorso ai sensi dell’art. 10, dichiarando superfluo l’esame *ex art.* 17, nonostante le espressioni fossero state considerate di “carattere incontestabilmente razzista”). Anche D. KEANE, *Attacking Hate Speech Under Article 17*, cit., p. 642, osserva come la Corte abbia adottato uno standard più intransigente per le espressioni negazioniste rispetto alle altre opinioni razziste o di *hate speech*; nello stesso senso, M. CASTELLANETA, *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, pp. 79-80.

⁷⁹³ V., ad esempio, *Lehideux and Isorni v. France*, cit., par. 55; *Orban et autres c. France*, cit., par. 52; *Monnat v. Switzerland*, 21 settembre 2006, 73604/01, par. 58, 64.

Convenzione, insomma, sembrerebbe unilateralmente cristallizzato a favore dei secondi, senza che un reale bilanciamento venga compiuto caso per caso e alla luce di tutte le circostanze del fatto concreto.

Si conferma, dunque, lo “statuto d’eccezione” ipotizzato per il negazionismo all’inizio di questo capitolo. Insieme – anzi, proprio perché associato – al nazismo, esso mostra la sua “unicità” anche quando raffrontato con le altre espressioni rientranti nel campo di applicabilità dell’art. 17. È in questo contesto che acquistano credibilità le teorie secondo cui il rifiuto del nazismo (e di tutte le sue manifestazioni) come male assoluto fa parte di quel “patto etico” posto alla base del nuovo ordine europeo costituito dopo gli orrori della seconda guerra mondiale⁷⁹⁴.

Se questo statuto d’eccezione fosse limitato alla sola negazione dell’Olocausto, i problemi sollevati rispetto alla libertà di parola rimarrebbero piuttosto marginali. In nome delle logiche della *wehrhafte Demokratie*, si potrebbe infatti anche accettare l’esistenza una ristrettissima area sottratta agli ordinari principi liberali. Certo, anche in tale ipotesi, non si esiterebbe ad enfatizzare la necessità di un accertamento caso per caso dell’effettiva ispirazione nazista dell’espressione negazionista – auspicando l’abbandono di ogni presunzione assoluta al riguardo –, così come non si potrebbe sottacere il rischio di estendere all’intero continente europeo un principio che trae origine da problematiche confinate ad un numero esiguo di paesi.

Nel corso del tempo, tuttavia, le espressioni rientranti sotto l’ombrello concettuale del negazionismo sono notevolmente aumentate. A livello nazionale, copiosa è stata la legislazione tesa ad estendere l’area di criminalizzazione ben oltre la negazione della Shoah. A livello di Unione europea, è intervenuta una Decisione quadro diretta a promuovere la messa al bando della contestazione di tutti i *core crimes* internazionali. Infine, a livello di giurisprudenza strasburghese, la Corte non si è accontentata di limitare alla negazione dell’Olocausto la suddetta deroga alla libertà di espressione, ma ha introdotto l’amplissima nozione dei fatti storici chiaramente stabiliti, recentemente sostituita dal riferimento ad alcuni gravi crimini internazionali.

⁷⁹⁴ V. *infra*, § IV.2.

Il problema, dunque, non può più essere considerato periferico o trascurabile. Non si tratta più di condonare un tutto sommato comprensibile “peccato originale”. Si tratta, piuttosto, di evitare una deriva giurisprudenziale potenzialmente capace di sottrarre ai fondamentali principi liberali una porzione considerevole dei discorsi vertenti sugli eventi del passato – specialmente quelli in antitesi con la versione dei fatti che maggiormente si confà alle convenienze politiche del momento –. Questa operazione di delimitazione pare oggi tanto più ardua quanto più cresce l’importanza della memoria nell’elaborazione di principi condivisi chiamati a forgiare l’identità – nazionale o europea – di un popolo⁷⁹⁵. Si è consapevoli di come, nell’attuale contesto multiculturale, la fissazione mnemonica di eventi storici fondamentali rivesta un ruolo cruciale anche nel consolidamento di democrazie in crisi di legittimazione.

Di fronte alla rivitalizzazione dei reati d’opinione che questo sviluppo comporta, tuttavia, il compito del penalista – come quello di ogni altro studioso del tema – è quello di segnalare i pericoli che corre un diritto, quello alla libertà di espressione, senza il quale non vi può essere reale democrazia. E di proporre, come ci si accinge a fare, interpretazioni che, facendo leva su una concezione del diritto penale come strumento di *extrema ratio*, siano in linea con i principi generali che ispirano questa materia.

⁷⁹⁵ Sul collegamento tra memoria pubblica e costruzione dell’identità di una comunità, v. le ancora attuali riflessioni di P. NORA, *Between Memory and History: Les Lieux de Mémoire*, in *Representations*, 1989, pp. 7 ss.; più di recente, A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost.*, 2009, pp. 7 ss.; G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit., *passim*. Per ulteriori riferimenti bibliografici, v. *supra*, nota 88.

**Sezione III: Lo statuto d’eccezione applicato al
negazionismo: dinamiche espansive e tentativi riduzionisti**

**10. Alcune ragioni per il superamento della categoria dei
“fatti storici chiaramente stabiliti”**

10.1. Le difficoltà dell’accertamento storico in sede giudiziale

Si tenterà ora di ricondurre la deroga prevista per il negazionismo *lato sensu* ai principi generali in materia di libertà di espressione o, perlomeno, di delimitare il più possibile il campo d’applicazione di siffatto regime d’eccezione. Il primo passo consiste nella critica alla nozione di “fatti storici chiaramente stabiliti”.

Un aspetto del problema risiede nell’esatta identificazione del “fatto storico” di cui si predica il definitivo accertamento e dunque la non contestabilità. Come già osservato in precedenza, non sempre è agevole decodificare le singole circostanze di fatto incluse nel macro-evento storico di cui è stata messa al bando la negazione⁷⁹⁶. Ove sia vietata la negazione dell’Olocausto, ad esempio, non sembra potersi stabilire *ex ante* con nettezza se rientri nell’area di illiceità anche sollevare dubbi radicali sulla responsabilità del governo italiano nello sterminio, oppure sul ruolo di alcuni generali dell’esercito o sull’esistenza dei forni crematori all’interno di un determinato campo di concentramento. Al di là, quindi, degli elementi considerati appartenenti al nucleo centrale dell’evento – quali, in questo caso, l’esistenza del massacro come tale e la sua estrema gravità, il numero complessivo di vittime, la responsabilità di Hitler e del suo partito e l’utilizzo di camere a gas – non si può discernere con sufficiente sicurezza quali altre circostanze più o meno periferiche rientrino nell’area di incontestabilità legale.

Un ulteriore profilo problematico sollevato dalla nozione qui in esame riguarda le modalità in cui il fatto storico può essere considerato “acclarato” ai fini dell’integrazione della fattispecie.

⁷⁹⁶ V. *supra*, § III.6.5.

Se il concetto viene trattato alla stregua di un elemento *naturalistico* della norma, il giudice dovrà valutare se l'evento oggetto di negazione sia stato "storicamente stabilito"; nel fare ciò, potrà avvalersi di presunzioni e fare ricorso alla categoria del notorio – come spesso avvenuto in Germania ed Austria⁷⁹⁷ –, ma non è da escludere che talvolta non occorra procedere a tale apprezzamento nel corso del dibattimento⁷⁹⁸. In tale ultima evenienza, l'organo giudicante potrà scegliere tra due alternative principali: avvalersi degli studi già compiuti dagli storici su quel determinato fatto e trasferirne gli esiti nel processo, oppure intraprendere esso stesso l'analisi secondo le ordinarie procedure probatorie.

Entrambe le vie presentano controindicazioni di rilievo non trascurabile, essenzialmente focalizzate sull'impropria commistione tra i ruoli di giudice e storico, che richiedono competenze differenti, perseguono scopi non coincidenti e adottano distinti statuti epistemologici⁷⁹⁹. Nel primo caso, il giudice si troverà a scegliere su quali testi storici fare affidamento, cioè a quali orientamenti dare credito e quali invece scartare. Certamente vi sono eventi sui quali sussiste una posizione unica generalmente accettata; sembra però che si tratti di un'evenienza inconsueta – visto che la storia è una continua revisione di posizioni precedenti –. La Corte stessa ha affermato come nel dibattito storico non possa esistere un'“unica verità storica”⁸⁰⁰. In ogni caso, sarebbe pericoloso attribuire ad un organo giudiziario il potere di trasformare un indirizzo generalmente accettato in una proposizione legalmente non contestabile. Il giudice verrebbe altrimenti ad intromettersi d'autorità sul libero dibattito storico, e lo farebbe in modo irrevocabile, come normalmente irrevocabili sono le sentenze passate in giudicato⁸⁰¹.

⁷⁹⁷ V. *supra*, § III.5.

⁷⁹⁸ V., ad esempio, *Honsik v. Austria*, cit., (the facts), (con riferimento al procedimento avanti il giudice istruttore e la Corte d'Assise); *Irving v. Penguin Books Limited and Lipstadt*, High Court of Justice, Queen's bench division, 11 aprile 2000, n. 11996-I-1113.

⁷⁹⁹ V. *infra*, § IV.4.1.

⁸⁰⁰ *Monnat v. Switzerland*, cit., par. 68.

⁸⁰¹ V., ad esempio, A. PROST, *L'historien, le témoin et l'accusé*, in F. BRAYARD (diretto da), *Le Génocide des Juifs entre procès et Histoire 1943-2000*, Parigi-Bruxelles, 2000, pp. 290-291 (“La différence entre le juge et l'historien ne réside pas dans l'investigation, mais dans

Nel secondo caso, consistente nel dedicare parte del dibattimento all'accertamento dell'effettivo accadimento di un evento del passato, ancora più forti sono le tensioni tra processo e storia, generate soprattutto dalla divergenza dei metodi tramite i quali queste due discipline si prefiggono di raggiungere la conoscenza della realtà. Non sembra una casualità, infatti, che le corti interne abbiano quasi sempre rifuggito questa opzione, facendo ricorso alla categoria processuale del notorio.

In alcuni ordinamenti il “fatto chiaramente stabilito” assume invece le sembianze di un elemento di tipo *normativo*. Ciò si verifica allorché la fattispecie di negazionismo sia configurata in modo tale da tutelare esclusivamente i fatti accertati da una sentenza definitiva di un tribunale interno e/o internazionale⁸⁰². Per verificare l'integrazione della fattispecie legale, sarà sufficiente appurare se l'evento contestato dall'imputato rientri in quelli su cui un altro organo giurisdizionale si sia pronunciato con decisione irrevocabile⁸⁰³. Non si potrà quindi tener conto degli eventuali sviluppi in

la sentence. Le juge doit trancher, au terme de l'enquête, et le doute bénéficie à l'accusé. L'historien est plus libre; il peut suspendre le jugement, et dresser la balance des présomptions et des doutes, car la connaissance échappe aux contraintes de l'action. Mais il n'est jamais dispensé de présenter ses preuves”). V. altresì *supra*, nota 311.

⁸⁰² Questa clausola limitativa può essere introdotta dagli Stati nell'implementazione della Decisione quadro 2008/913/GAI, come previsto dall'art. 1, comma 4 della stessa.

⁸⁰³ Tra gli accertamenti che richiedono l'interpretazione di norme giuridiche extra-penali, si segnalano ad esempio: l'identificazione del carattere *nazionale* o *internazionale* dell'organo che ha emesso la sentenza circa l'evento storico di cui si tratta (a volte, infatti, gli ordinamenti attribuiscono rilevanza solo alle decisioni pronunciate da una delle due tipologie di organi giurisdizionali; un problema, in questo caso, si porrà con riferimento ai *tribunali ibridi*, in cui non è sempre chiaro se prevalga il carattere interno o quello sovranazionale); la verifica sull'irrevocabilità della pronuncia; la valutazione del carattere vincolante della statuizione di fatto rilevante nel processo *a quo*, visto che ben potrebbe trattarsi di *obiter dictum* oppure di porzione implicitamente riformata in appello. Ci si chiede, inoltre, se il giudice non debba altresì verificare, almeno *prima facie*, che non ci si trovi dinanzi ad una decisione pronunciata al termine di un processo che non ha rispettato i principi base di imparzialità e terzietà del giudice o le prerogative fondamentali della difesa. Si pensi al caso della condanna per genocidio inflitta a Pol Pot in Cambogia nel 1979 dal Tribunale rivoluzionario del popolo: ci si potrà rifare agli accertamenti di fatto compiuti nell'ambito di tale processo farsa per punire, ad esempio, chi nega la responsabilità dei

campo storico che nel frattempo abbiano coinvolto quel fatto. In Francia, ad esempio, un soggetto che aveva messo in dubbio che durante l'Olocausto avessero perso la vita sei milioni di persone è stato in un primo tempo assolto dal reato di negazionismo poiché il Tribunale di Norimberga non si era pronunciato sul numero di vittime⁸⁰⁴. In altre parole, la circostanza relativa ai sei milioni di ebrei morti durante il nazismo – sebbene generalmente accettata dagli storici – non era stata oggetto di accertamento giudiziale da parte del Tribunale militare internazionale e quindi non rientrava nell'ambito di incontestabilità disegnato dalla *loi Gayssot*.

Quale che sia l'approccio seguito, emerge una difficoltà comune. Anche ammettendo che si possa definire con relativa certezza l'*esistenza*, nella realtà dei fatti, di un certo evento storico, accade non di rado che si dibatta intorno alla sua *qualificazione giuridica*. Pur non contestando che un massacro sia effettivamente avvenuto, ci può essere disaccordo, ad esempio, circa la sua caratterizzazione come genocidio o, piuttosto, come crimine di altro tipo. È proprio questo, tra l'altro, il tipo di controversia che anima gli scontri sullo sterminio degli armeni e sulla tragedia di Srebrenica, in relazione ai quali

Khmer Rossi per la morte di 1,6 milioni di cambogiani nei quattro anni in cui tale gruppo fu al potere? (V., sulla caratterizzazione del processo del 1979 come contrario ai principi di imparzialità e terzietà internazionalmente accettati queste due decisioni delle *Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia* ("ECCC"): Case 002, D427/1/30, *Decision on Ieng Sary's Appeal Against the Closing Order*, Pre Trial-Chamber, 11 aprile 2011, par. 161-175; ECCC, Case 002, E51/15, *Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections (Ne bis in idem and Amnesty and Pardon)*, Trial Chamber, 3 novembre 2011, par. 7, 23, entrambe reperibili in <http://www.eccc.gov.kh/en/document/court> (ultimo accesso: 30 aprile 2013)).

⁸⁰⁴ *Tribunal de Grande Instance* di Parigi, XVIIe Chambre, 24 marzo 1994, confermata in appello il 13 ottobre 1994 (caso *Guionnet*). La Corte di cassazione francese, tuttavia, ha annullato la sentenza introducendo l'elemento della "mala fede" nella definizione legale del crimine; i giudici hanno perciò stabilito che se anche la contestazione del numero di vittime non rientra nel campo d'applicazione dell'art. 24 *bis* della *loi Gayssot*, una minimizzazione oltraggiosa di tale cifra può comunque integrare il reato di negazione di crimini contro l'umanità previsto dalla disposizione in parola, purché sia commessa con mala fede. Il riferimento legislativo alla sentenza del Tribunale di Norimberga, quindi, avrebbe il solo scopo di identificare quali crimini contro l'umanità rientrano nel divieto penale di contestazione (Cass. crim., 17 giugno 1997, in *Bull. crim.*, p. 236, e in *Dalloz*, 1998, p. 50, citata in G. COHEN-JONATHAN, *Négationnisme et droits de l'homme*, cit., pp. 583-584).

divergono le opinioni sulla correttezza dell'etichetta di genocidio rivendicata con veemenza dalle vittime⁸⁰⁵. L'inopportunità di trasferire da una disciplina all'altra classificazioni sviluppate nell'ambito di una determinata comunità scientifica – in questo caso, storica o giuridica – deriva non solo dalla diversità dei metodi epistemologici utilizzati, ma anche dalla non necessaria coincidenza dei significati attribuiti ad uno stesso concetto. La definizione di genocidio a livello giuridico diverge sensibilmente da quella (*rectius*: quelle) accettate in campo storico⁸⁰⁶. Parrebbe perciò un'inaccettabile stortura quella di punire un individuo che contesti la natura genocidiaria degli eventi di Srebrenica, malgrado tale qualificazione sia stata irrevocabilmente stabilita da più di un tribunale internazionale⁸⁰⁷.

In giurisprudenza si è talvolta ribattuto alle critiche circa la commistione tra giudizio penale e storia facendo notare come il giudice non dia in realtà un

⁸⁰⁵ V. L. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., pp. 371-372, il quale parla al riguardo di “scivolamento logico”: mentre il divieto di negare l'Olocausto non interferisce con la libertà di ricerca storica – data l'assoluta inconfondibilità delle due operazioni –, le altre fattispecie implicate dalle “guerre della memoria”, in cui alcuni gruppi tentano di “fissare” per via legislativa l'interpretazione da dare a certi eventi del passato, vanno proprio a restringere lo spettro di conclusioni cui la storiografia può legalmente giungere. Si tratta, in sostanza, della differenza tra la contestazione dell'esistenza di un avvenimento storico e la messa in discussione dell'interpretazione ad esso più confacente.

⁸⁰⁶ Cfr., ad esempio, L. CAJANI, *Diritto penale e libertà dello storico*, cit., p. 372; S. STRAUS, *Contested meanings and conflicting imperatives: a conceptual analysis of genocide*, in *Journal of Genocide Research*, 2001, pp. 349, 359, 370; T. BARTA, N. FINZSCH, D. STANNARD, *Three Responses to “Can There Be Genocide Without the Intent to Commit Genocide?”*, in *Journal of Genocide Research*, 2008, pp. 111-133; v., altresì, P. BOGHOSSIAN, *The concept of genocide*, in *Journal of Genocide Research*, 2010, pp. 69-80.

⁸⁰⁷ *International Court of Justice, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* (Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), 26 febbraio 2007, par. 297; ICTY, *Krstić*, IT-98-33-T, *Judgement*, TC, 2 agosto 2001, par. 560, 594-599, confermata in appello da (ICTY, *Krstić*, IT-98-33-A, *Judgement*, AC, 19 aprile 2004, par. 37-38); v., altresì, ICTY, *S. Milošević*, IT-02-54-T, *Decision on Motion for Judgement of Acquittal*, TC, 16 giugno 2004, par. 246.

giudizio sulla storia, bensì sullo storico⁸⁰⁸. Si tratterebbe cioè di verificare in tribunale se lo storico si sia conformato ai suoi elementari doveri di prudenza e di obiettività, se sia stato insomma uno “storico diligente” che ha seguito il metodo corretto. Anche in questo caso, tuttavia, si è replicato in dottrina che il giudice non dispone delle conoscenze adeguate per definire cosa sia il metodo storico, né per valutarne l’applicazione⁸⁰⁹.

I pericoli insiti nell’incrocio dei cammini di queste due delicate figure professionali non sono dunque trascurabili. I tribunali però, compresa la Corte EDU, hanno di frequente minimizzato la questione, rassicurando di essere consapevoli di come non sia loro il compito di scrivere la storia. Nel prossimo paragrafo si esporranno alcune decisioni della Corte che dimostrano, all’opposto, come i giudici europei non siano riusciti a mantener fede al loro commendevole proposito.

10.2. La categoria alla prova dei fatti: suo malgrado, il giudice si fa storico

Prima di passare in rassegna alcune decisioni in cui, a nostro avviso, la Corte è di fatto intervenuta nel dibattito storico, pare necessario introdurre i principi generali da essa enunciati per regolare i rapporti tra storia, libertà di espressione e supervisione strasburghese.

In base ad un indirizzo consolidato, la ricerca della verità storica è parte integrante della libertà di espressione⁸¹⁰. Inoltre, il dibattito intorno a fatti storici di speciale gravità è considerato di fondamentale importanza in una società democratica e, dunque, deve poter svilupparsi liberamente⁸¹¹.

⁸⁰⁸ V., ad esempio, *Tribunal de Grande Instance de Paris*, 8 luglio 1981, *LICRA et autres c. Faurisson*, in *Recueil Dalloz-Sirey*, 1982, pp. 59-61, con nota di B. EDELMAN, *L’affaire Faurisson: Droit, histoire et liberté*.

⁸⁰⁹ E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 2008, pp. 47-49.

⁸¹⁰ *Chauvy and Others v. France*, 29 giugno 2004, 64915/01, par. 69; *Monnat v. Switzerland*, cit., par. 57.

⁸¹¹ V., tra le molte, *Dink c. Turquie*, cit., par. 135; *Karsai v. Hungary*, cit., par. 35.

Molte sono le vicende in cui la controversia giunta a Strasburgo sottende un disaccordo tra le parti in ordine a determinati eventi storici e alla loro interpretazione. La Corte sottolinea ripetutamente come non sia il suo ruolo quello di fare da arbitro sulle questioni storiche insite in una causa, soprattutto quando esse siano al centro di un dibattito in corso tra gli storici⁸¹². La portata di questo principio sembra però essere leggermente affievolita nelle motivazioni di un caso più recente, in cui i giudici assumono una posizione più sfumata. La Grande Camera sostiene infatti che la Corte si asterrà, *per quanto possibile*, dal pronunciarsi su questioni di puro ordine storico, ribadendo come esse non rientrino nella sua competenza. I giudici, tuttavia, dichiarano al contempo di poter accettare determinate verità storiche notorie e basare su di esse il proprio ragionamento⁸¹³. Precisano poi che, pur non essendo il loro compito quello di sostituirsi alle competenti autorità nazionali, rientra nelle prerogative europee il controllo delle decisioni interne, per verificare che si siano poggiate su accertamenti di fatto ragionevoli e non abbiano raggiunto conclusioni arbitrarie⁸¹⁴.

Già da questi principi generali risulta evidente come vi siano potenzialmente due ambiti di interferenza tra la giurisprudenza di Strasburgo ed il dibattito storico. In primo luogo, la Corte si arroga la facoltà di decretare quali fatti possano essere ritenuti “chiaramente accertati” (e non possano dunque venire contestati) e quali, viceversa, rimangano al centro di una disputa ancora in corso tra storici. In secondo luogo, dovendo sindacare la ragionevolezza delle valutazioni compiute dalle autorità nazionali, si troverà giocoforza a convalidare, o al contrario criticare, le loro conclusioni riguardanti i fatti storici iscritti nella controversia⁸¹⁵.

⁸¹² *Chauvy and Others v. France*, cit., par. 69; *Fatullayev v. Azerbaijan*, cit., par. 87.

⁸¹³ *Ždanoka v. Latvia*, cit., par. 96.

⁸¹⁴ *Ždanoka v. Latvia*, cit., par. 96.

⁸¹⁵ Cfr. A. BURATTI, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 13, il quale mette in luce la difficoltà emerse dall'utilizzo dell'“argomento storico” nei ragionamenti della Corte, stante “il rischio di oggettivizzare, dietro l'etichetta della tradizione storica [di un certo paese], questioni controverse, ancora aperte, circa l'interpretazione del passato e della memoria collettiva”.

Si vedrà ora come questi timori escano confermati dall'esame di qualche decisione in materia.

Il primo caso prende le mosse – ancora una volta – dalle polemiche che a tutt'oggi circondano gli eventi storici avvenuti durante la presenza nazista in Francia. Il ricorrente era stato condannato per diffamazione a causa di un libro in cui adombrava la possibilità che l'arresto del leader della resistenza francese dell'epoca – eseguito a Caluire nel 1943, da parte del generale della Gestapo Klaus Barbie – fosse stato facilitato dalla delazione di alcuni prominenti membri della resistenza stessa, che lo avrebbero tradito⁸¹⁶.

La Corte, da un lato, distingue il caso da quelli di negazionismo, visto che gli accadimenti in discussione – al contrario dell'Olocausto – non sono da ritenere “chiaramente acclarati”; dall'altro, concorda con i tribunali interni nel giudicare che l'autore del libro non si era attenuto alle regole fondamentali del metodo storico. Conclude quindi sottoscrivendo le ragioni addotte dai giudici francesi per condannare il ricorrente, il quale non ha subito alcuna violazione del diritto consacrato dall'art. 10⁸¹⁷.

Un'altra occasione in cui i giudici di Strasburgo vagliano il carattere chiaramente acclarato di un fatto si appunta sul ruolo assunto durante la seconda guerra mondiale dal governo svizzero, accusato insieme a banche ed assicurazioni di aver collaborato con la Germania nazista⁸¹⁸. Il giornalista autore del reportage era stato biasimato dalle autorità interne per aver dato l'impressione che la versione dei fatti presentata nel servizio televisivo rappresentasse l'*unica* verità storica – e non una delle possibili interpretazioni – circa i rapporti tra Svizzera e Germania⁸¹⁹. La Corte si tiene fuori – almeno all'apparenza – dalla controversia sul passato comportamento dello Stato elvetico, affermando come si tratti di un aspetto su cui è ancora in corso il dibattito tra gli storici⁸²⁰. Essa si sofferma inoltre su un punto cruciale, che

⁸¹⁶ *Chauvy and Others v. France*, cit.

⁸¹⁷ *Chauvy and Others v. France*, cit., par. 69, 77.

⁸¹⁸ *Monnat v. Switzerland*, cit.

⁸¹⁹ *Monnat v. Switzerland*, cit., par. 56 (in cui si precisa come alla base della sanzione contro il giornalista ci fosse anche la circostanza che il servizio non era stato dichiarato agli spettatori come politicamente impegnato).

⁸²⁰ *Monnat v. Switzerland*, cit., par. 57.

pare mettere in crisi l'assunto che alcuni fatti possano essere qualificati come definitivamente stabiliti: ad avviso dei giudici, una sola verità, nell'ambito del dibattito storico, non potrebbe esistere⁸²¹.

Anche nel citato caso *Fatullayev* la Corte, seppur in maniera dubitativa, basa il suo accertamento sulla distinzione tra eventi storici accertati e circostanze ancora controverse. Prende atto che una serie di report hanno dato conto della tragedia di Khojaly, in cui centinaia di civili di origine azera furono uccisi, feriti o presi in ostaggio dai combattenti armeni; proprio perché il giornalista ricorrente non aveva contestato tali avvenimenti, le responsabilità degli agenti, né la sofferenza delle vittime, i giudici ritennero di non chiamare in causa l'art. 17⁸²². All'opposto, la Corte ritiene che manchi ancora chiarezza o unanimità intorno ad altri aspetti di quegli eventi, quali il ruolo e le responsabilità delle forze militari azere, che rimangono ancora al centro di un dibattito tra gli storici e costituiscono un argomento di interesse generale su cui la discussione dovrebbe essere libera di svilupparsi⁸²³. Proprio per questo il giornalista godeva di un diritto, garantito dall'art. 10, ad impartire idee ed informazioni su tale tematica⁸²⁴.

Sempre con riguardo a momenti topici nella storia e nell'identità di un paese, la Corte, in un'altra celebre vicenda di cui si è già fatto cenno, finisce con l'accreditare una certa versione dei fatti, a scapito di quella alternativa. Disattendendo l'interpretazione fornita dal ricorrente sul ruolo del Partito comunista lettone nel periodo storico di transizione verso il sistema democratico, la Corte – in modo stringato ed apodittico – opta per la versione accolta dai tribunali interni secondo cui il Partito si era reso responsabile di due colpi di Stato tesi a restaurare un regime filo-sovietico⁸²⁵.

Non rientra naturalmente nell'intento che muove questo lavoro mettere in dubbio il fatto che gli eventi storici sottesi alle vicende appena richiamate possano effettivamente essere qualificati come chiaramente stabiliti oppure come ancora controversi. Ciò che invece preme sottolineare è il serio dubbio

⁸²¹ *Monnat v. Switzerland*, cit., par. 68.

⁸²² *Fatullayev v. Azerbaijan*, cit., par. 81, 87.

⁸²³ *Fatullayev v. Azerbaijan*, cit., par. 87.

⁸²⁴ *Fatullayev v. Azerbaijan*, cit., par. 92.

⁸²⁵ *Ždanoka v. Latvia*, cit., par. 97.

che un tribunale – tantomeno la Corte europea, viste le sue scarse capacità istruttorie – possa emettere un giudizio sullo stato di accertamento di un determinato fatto storico, spingendosi addirittura a stabilire quando esso abbia raggiunto un livello di certezza tale da entrare nel *regno dell'incontestabilità*. Come mostrano i casi appena passati in rassegna, talvolta la Corte estende il proprio apprezzamento al *metodo storico* utilizzato, ritenendosi in grado di predicarne la correttezza o la contrarietà alle regole dell'arte. Questa operazione presupporrebbe tuttavia che vi fossero criteri universalmente accettati ai quali i giudici possano rifarsi.

Ma, al di là dei dubbi sull'esistenza di un simile standard condiviso, il fatto è che non spetta al diritto – *a fortiori* al diritto penale – regolare autoritativamente il dibattito storico. Certo, le affermazioni in campo storico, come tutte le manifestazioni di opinione, possono incidere su altri diritti meritevoli di tutela, quali la reputazione altrui o la dignità umana. In tali casi, però, il fulcro della valutazione dovrebbe attestarsi sul bilanciamento tra i vari interessi in gioco, e non sulla correttezza del metodo storico o sulla presunta “definitività” di un accertamento su taluni eventi passati⁸²⁶.

11. Orizzonti futuri: incontestabilità di tutti i crimini internazionali? Verso una “quarta fase” della giurisprudenza

Se la categoria dei fatti storici chiaramente stabiliti presenta, dunque, difetti non facilmente sanabili, non molto più tranquillizzante pare l'orizzonte verso cui la Corte si sta orientando. Abbiamo visto come, a partire da *Garaudy*, i giudici sembrano voler superare la classificazione appena criticata, forse consapevoli anch'essi del cortocircuito tra giudice e storico cui essa rischia di condurre. Dalla negazione dei fatti storici chiaramente stabiliti, si è così passati – nel caso *Orban* – alla condotta consistente nel “justifier des crimes de guerre tels que la torture ou des exécutions sommaires”⁸²⁷.

⁸²⁶ V. *Chauvy and Others v. France*, cit., *Concurring Opinion of Judge Thomassen*.

⁸²⁷ *Orban et autres c. France*, cit., par. 35, il cui *dictum* è stato confermato, tra l'altro, in *Paksas v. Lithuania*, cit., par. 88.

Si potrebbe sostenere come questo *obiter* non indichi necessariamente l'abbandono della categoria originaria, ma che esso intenda semplicemente allargare ad altri casi l'ambito di applicabilità dell'art. 17. Una recente decisione, tuttavia, sembra confermare il mutamento di prospettiva in atto.

Nel caso *Janowiec* l'organo di Strasburgo ha infatti dichiarato che: “the Court reiterates its constant position that a denial of *crimes against humanity*, such as the Holocaust, runs counter to the fundamental values of the Convention and of democracy, namely justice and peace”⁸²⁸. Camuffando il nuovo indirizzo come “constant position”, la Corte in realtà si discosta sensibilmente dal principio applicato a partire da *Lehideux*. Non sono più i fatti storici chiaramente stabiliti ad essere oggetto di protezione legale, bensì i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e, presumibilmente⁸²⁹, il genocidio. In questo modo, la giurisprudenza di Strasburgo è destinata ad allinearsi pienamente con le previsioni della Decisione quadro dell'UE sul negazionismo, consentendo la criminalizzazione della negazione o giustificazione di tutti i *core international crimes*⁸³⁰.

La decisione nel caso *Janowiec* – sulla quale pende un ricorso avanti la Grande Camera – mette in risalto un ulteriore profilo meritevole di attenzione. La vicenda riguardava l'imprigionamento e la successiva esecuzione, avvenuta nel 1940, di più di ventimila prigionieri di guerra polacchi (il più celeberrimo dei massacri avvenne nella foresta di Katyn). La responsabilità per l'accaduto, addossata inizialmente all'esercito nazista, ricadeva in realtà

⁸²⁸ *Janowiec and Others v. Russia*, cit., par. 165 (corsivo aggiunto) (la Corte cita in nota i casi *Lehideux* e *Garaudy*, ai quali dichiara di rifarsi; in entrambi quei casi, tuttavia, l'art. 17 era stato applicato alla negazione di fatti chiaramente stabiliti).

⁸²⁹ Nonostante la Corte non si sia ancora pronunciata chiaramente sul genocidio, tutto fa pensare che, non appena si presenterà l'occasione, i giudici estenderanno anche al più grave dei crimini internazionali tale speciale status di incontestabilità. V. infatti *Fáber v. Hungary*, 24 luglio 2012, 40721/08, par. 58 (che parla di “glorification of war crimes, crimes against humanity or *genocide*” (corsivo aggiunto)).

⁸³⁰ A rigore, rimarrebbe escluso il crimine di aggressione, aggiunto allo Statuto della Corte penale internazionale ad opera della *Review Conference on the Rome Statute of the International Criminal Court*, tenutasi a Kampala (Uganda) nel 2010. V. *supra*, note 252 e 298.

sui sovietici, che commisero i fatti su indicazione del Politburo⁸³¹. Nel ricorso alla Corte di Strasburgo i familiari dei polacchi ivi giustiziati lamentavano di aver subito un trattamento inumano e degradante, contrario all'art. 3 della CEDU, visto il prolungato diniego delle autorità russe di fornire informazioni sulla sorte delle vittime di Katyn.

Nel riconoscere la violazione, la Corte ha enumerato una serie di diritti che spettano ai familiari di coloro che hanno subito gravi crimini. Essa ha stigmatizzato, in particolare, non solo il fatto che le autorità russe avessero distorto per quasi cinquant'anni la verità storica per fini politici (scaricando sui tedeschi la responsabilità dell'accaduto), ma anche la circostanza che queste si fossero dimostrate riluttanti a "*riconoscere la realtà del massacro di Katyn*"⁸³². La condotta dei tribunali militari, che avevano ommesso ogni riferimento allo sterminio dei polacchi, limitandosi ad ammettere la loro prigionia, è stata definita come inumana, visto il suo palese contrasto con gli obblighi scaturenti dall'art. 3, che impongono alle autorità statali di tenere un atteggiamento rispettoso e compassionevole nei confronti dei familiari delle vittime, assistendoli nella ricerca della verità⁸³³. La negazione, anche tramite accertamenti giudiziali omissivi e contraddittori, di un "fatto storico stabilito" integrante un crimine internazionale⁸³⁴ – come le esecuzioni sommarie avvenute a Katyn –, unita al costante rigetto di ogni richiesta di informazioni presentata dai familiari, è stata dunque considerata contraria ai *valori fondamentali della Convenzione*⁸³⁵.

Questa importante vicenda (ribadiamo, ancora *sub judice*) fa affiorare altre sfaccettature sottese alla protezione contro il negazionismo. Se quest'ultima condotta aveva finora assunto rilievo se ed in quanto fatta oggetto di divieto penale – teso dunque a colpire affermazioni giudicate offensive dal legislatore

⁸³¹ *Janowiec and Others v. Russia*, cit., par. 14-16.

⁸³² *Janowiec and Others v. Russia*, cit., par. 159 (corsivo aggiunto).

⁸³³ *Janowiec and Others v. Russia*, cit., par. 159-163.

⁸³⁴ Sebbene la Corte eviti astutamente di qualificare espressamente i massacri come crimine contro l'umanità o crimine di guerra, il percorso logico seguito, specialmente nel par. 165, lascia intuire che tale estrema gravità dei fatti sia stata determinante nell'economia della decisione, e in particolare nell'accertamento della violazione dell'art. 3.

⁸³⁵ *Janowiec and Others v. Russia*, cit., par. 162, 164-166.

–, il caso *Janowiec* evidenzia come essa possa assumere rilievo anche al di là di una scelta legislativa di incriminazione. L’orientamento “vittimocentrico” fatto proprio dalla Corte esige che, a prescindere da specifiche previsioni normative, venga tenuto un atteggiamento di rispetto nei confronti delle vittime di gravi crimini e dei loro familiari. Ciò implica il *riconoscimento* delle violazioni subite, che fa da presupposto a quello della loro *qualità* di vittime. È evidente allora che la sistematica negazione od occultamento della verità – anche da parte delle autorità statali – si pone in contraddizione con i valori alla base della Convenzione, come sopra già esposto.

La sentenza *Janowiec* mette in luce, altresì, come la protezione contro il negazionismo pecchi, nella sua versione allargata, di un’ indefinita estensione temporale⁸³⁶. Il massacro di Katyn, ad esempio, precede addirittura la maggior parte degli atti di sterminio nazisti contro gli ebrei. Non si vedono allora ostacoli a far rientrare nella medesima logica i crimini commessi contro gli armeni nel 1915 o altre atrocità avvenute nel corso del secolo passato (o in epoche addirittura antecedenti). A fronte di cotanta “sorveglianza” statale nei confronti della narrazione degli eventi storici drammatici, non pare azzardato immaginare un *chilling effect* che scoraggi prese di posizione disarmoniche rispetto alla versione dei fatti caldeggiata dall’ordinamento.

Occorre precisare, comunque, che queste preoccupazioni, sollecitate dalle linee evolutive evidenziate dalla giurisprudenza europea, non si sono ancora tradotte in effettive decisioni: la Corte, ad oggi, non ha mai concretamente applicato lo schema decisorio sviluppato per la negazione dell’Olocausto ad altre forme di negazionismo. In altre parole, l’assoluta esclusione dall’area delle espressioni protette – determinata dall’art. 17 – non è ancora stata pronunciata rispetto alla negazione di eventi diversi dalla Shoah.

L’occasione per saggiare la reale volontà della Corte di equiparare tutte le forme di negazionismo, quale che sia l’evento oggetto di contestazione, è offerta da un caso la cui decisione pare ormai imminente. Doğu Perinçek, la

⁸³⁶ V. le critiche sull’eccessiva estensione temporale della giurisdizione della Corte EDU di A. GIL GIL, *I limiti dell’applicazione retroattiva della Convenzione europea dei diritti umani: la guerra civile spagnola e il massacro di prigionieri polacchi durante la seconda guerra mondiale*, in *Ius17@unibo.it*, n. 1/2012, pp. 79-89.

prima persona condannata penalmente per aver negato il genocidio armeno, aspetta infatti da più di cinque anni il verdetto di Strasburgo⁸³⁷. La condotta sanzionata dalle corti elvetiche, che racchiude atti compiuti in tre diverse occasioni, consiste – più che nella negazione dell'esistenza dei massacri in quanto tali – nella contestazione della loro qualificazione giuridica come genocidio, definita dal ricorrente una "menzogna internazionale"⁸³⁸.

Sarà interessante osservare se la Corte EDU deciderà di applicare, per la prima volta, l'art. 17 ad un caso di negazionismo non riguardante l'Olocausto. Sarà inoltre importante rilevare se la Corte riesumerà la poco fortunata categoria dei fatti storici chiaramente stabiliti o se, viceversa, preferirà confermare la suddetta virata verso i crimini internazionali. Si deve tenere a mente, comunque, che il caso *Perinçek* non riguarda una vicenda di negazionismo puro e semplice, visto che le corti interne hanno stabilito che la condotta è stata ispirata da motivi razzisti. Questo elemento potrebbe forse tentare l'organo europeo con una via di fuga meno impegnativa, consistente nell'adozione del collaudato schema argomentativo utilizzato in tema di discorso razzista o di *hate speech*, senza doversi pronunciare – per il momento – sulla spinosa questione dell'applicabilità dell'art. 17 ai casi di negazionismo allargato. Sarebbe tuttavia un'occasione perduta per offrire principi solidi sui quali gli Stati possano in futuro basare il recepimento della menzionata Decisione quadro dell'Unione europea, che proprio della criminalizzazione del negazionismo allargato si è fatta promotrice.

⁸³⁷ Il ricorso pende di fronte alla prima sezione della Corte EDU: *Perinçek c. Suisse*, ricorso n. 27510/08, depositato il 10 giugno 2008; il 20 settembre 2010 è stato pubblicato l'*Exposé des faits*; da allora, si è in attesa della decisione.

⁸³⁸ Corte distrettuale di Losanna, sent. 9 marzo 2007, confermata nel 19 giugno 2007 dal Tribunale cantonale di Vaud ed infine dal Tribunale federale svizzero, 12 dicembre 2007, n. 6B_398/2007.

12. Rilievi critici

12.1. Le controindicazioni all'utilizzo dell'art. 17

Le decisioni esaminate hanno confermato come la Corte EDU abbia approntato uno statuto di eccezione per le condotte di negazionismo. La negazione dell'Olocausto è stata assoggettata ad un regime derogatorio non solo rispetto allo *ius commune* dell'art. 10, ma anche rispetto al trattamento riservato alle altre espressioni rientranti nel campo d'applicazione della clausola sull'abuso del diritto.

Le conseguenze di questo orientamento non sono di poco momento, anzi, equivalgono quasi ad un “diniego di giustizia” nei confronti di questa tipologia di opinioni, che hanno incontrato invariabilmente un granitico rifiuto, da parte degli organi di Strasburgo, di intraprendere un sindacato effettivo sulla loro conformità alla CEDU⁸³⁹. In primo luogo, questo regime speciale impedisce alla Corte quella *valutazione globale* dell'espressione, compiuta tenendo conto del contesto e di tutte le altre circostanze concrete, che costituisce il perno del suo ragionamento nei casi ordinari. A quell'accorto bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, tipico della matrice decisoria *ex art. 10*, si sostituisce un'esclusione categorica delle espressioni negazioniste dall'ambito di protezione della Convenzione, pronunciata sulla sola base del loro contenuto. Persino con riguardo ad altre vicende ricadenti nel campo di applicazione dell'art. 17, i giudici europei hanno spesso ammesso una valutazione di tutti gli elementi del caso, mostrando di considerare l'abuso del diritto un'arma ultima, da sfoderare in circostanze estreme. Non così per il negazionismo, sempre estromesso *tout court* da un esame più approfondito, sempre liquidato con formule di stile ricalcanti le motivazioni fornite dalle corti interne.

In secondo luogo, questa deroga ha annichilito un fattore di grande rilievo nella giurisprudenza europea in tema di libertà di espressione. Specialmente avendo riguardo al fatto che in molte occasioni l'interferenza statale è

⁸³⁹ V., per queste tre conseguenze, considerate “undesirable effects”, H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause*, cit., pp. 68-72.

consistita in sanzioni privative della libertà personale, sembra inappropriato l'accantonamento del giudizio di *proporzionalità* della misura restrittiva. In base ai principi generali, infatti, la pena della reclusione è giudicata eccessiva per punire mere manifestazioni del pensiero, salvi i casi motivati da ragioni gravi e circostanziate.

In terzo luogo, la Corte ha dimostrato un'eccessiva deferenza rispetto agli apprezzamenti effettuati dai tribunali interni, mancando di sviluppare una sua *autonoma valutazione*, che ha reso lo scrutinio europeo così incisivo in altri casi in cui i giudici si sono spinti a verificare la caratterizzazione giuridica conferita alle condotte dai tribunali dello Stato convenuto. Affidandosi esclusivamente alle posizioni esternate a livello nazionale, la Corte ha sollevato gli Stati dall'obbligo di addurre motivazioni persuasive per giustificare le restrizioni alla libertà di espressione.

12.2. L'art. 17: ancora indispensabile? I veri pericoli di una sua valorizzazione

Non mancano gli Autori che giudicano l'art. 17 una disposizione superflua che non genera alcun valore aggiunto nella protezione dell'ordine democratico⁸⁴⁰. Essi osservano, innanzitutto, come persino nell'affrontare le espressioni connesse alle istanze del popolo curdo in Turchia, in cui ci si è talvolta trovati di fronte a condotte di incitamento alla violenza o di appoggio al terrorismo, la Corte abbia sempre risolto il caso, alla luce di tutte le

⁸⁴⁰ H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause*, cit., pp. 73-80. V., altresì, C. CARUSO, *Ai confini dell'abuso del diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale*, cit., pp. 350-352, il quale ritiene che l'applicazione dell'art. 17 all'*hate speech* sia "da ripensare", in ragione dell'"asimmetria formale", non giustificata in base a canoni di pericolosità, che essa determina rispetto al trattamento riservato alle altre espressioni; D. KEANE, *Attacking Hate Speech Under Article 17*, cit., pp. 661-662, sostiene che la diversità dello standard adottato dalla Corte rispetto al negazionismo in confronto a quello su cui si è affidata per le altre espressioni razziste lancia un messaggio contraddittorio; senza prendere posizione sulla preferibilità dell'art. 10 o dell'art. 17 come base giuridica per questo tipo di affermazioni, l'Autore auspica però che esse siano sottoposte al medesimo trattamento giuridico.

circostanze concrete, facendo leva sull'art. 10. Anche nelle controversie sopra esaminate vertenti su razzismo, xenofobia o antisemitismo, si è visto come il diritto comune – quando preferito all'art. 17 – sia in realtà in grado di fronteggiare le minacce legate all'intolleranza, dimostrandosi provvisto di tutto l'armamentario argomentativo all'uopo necessario. Anzi, consentendo l'analisi di tutti i risvolti della vicenda, ha permesso di soppesare meglio la pericolosità della condotta ed la sua eventuale finalità razzista, antidemocratica o totalitaria. Il regime derogatorio per il negazionismo, inoltre, pare arduo da giustificare anche considerando che il suo impatto sulla sicurezza fisica dei cittadini appare decisamente inferiore rispetto a quello presente nei casi relativi alla questione curda.

Non vi sarebbero solide ragioni, insomma, per continuare a fare ricorso ad una disposizione – l'art. 17 – le cui ragioni storiche sembrano oramai tramontate. Nonostante i periodici report in cui si denuncia un'avanzata dei sentimenti di razzismo ed antisemitismo, parrebbe più opportuno combattere la battaglia utilizzando i collaudati ed altrettanto efficaci strumenti di diritto comune, in linea con l'orientamento di un altro autorevole organo internazionale⁸⁴¹. Questa convinzione sarebbe poi rafforzata dal condivisibile rilievo – esternato da un giudice dissenziente già nel lontano 1986 – secondo cui la Germania è oramai un'autentica democrazia, ben distante sia dall'esperienza di Weimar, sia dai pericoli di risorgenza nazista⁸⁴².

⁸⁴¹ Si segnala, infatti, una certa ritrosia dello *Human Rights Committee* ad applicare l'art. 5 del Patto (la disposizione sull'abuso del diritto, analoga all'art. 17 CEDU). Ciò è infatti avvenuto in un unico caso, in cui un individuo era stato condannato per aver tentato di ricostituire il partito fascista in Italia (v. HRC, *M.A. v. Italy*, Communication n. 117/1981, UN Doc. n. A/39/40 (1984), 10 aprile 1984). Inoltre, sebbene l'art. 20 del menzionato Patto preveda un obbligo di incriminazione per condotte inquadrabili come *hate speech*, lo HRC precisa che ciò non vale a sottrarle all'ordinario test previsto dall'art. 19 per le restrizioni alla libertà di espressione; anche le misure di contrasto all'incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza, dunque, devono sempre essere giustificate dagli Stati parte e non fanno eccezione ai principi generali in materia, cfr. HRC, *General Comment n. 34 – Article 19: Freedoms of opinion and expression*, 12 settembre 2011, CCPR/C/GC/34, par. 50, 52.

⁸⁴² *Kosiek v. Germany*, cit., *Partly Dissenting Opinion of Judge Spielmann*, par. 33. V., altresì, BVG, 5 gennaio 2001, 1 BvQ 22/01, anche in inglese in http://www.bverfg.de/entscheidungen/qk20010501_1bvq002201en.html (ultimo accesso: 30 aprile 2013), sentenza

Da un punto di vista teorico-accademico, non c'è dubbio che la soluzione “abolizionista” appena prospettata sia quella dotata di maggior coerenza logica e sistematica. Tenendo conto della buona prova fornita dall'art. 10 al cospetto di espressioni di sicura pericolosità quali quelle razziste, antisemite ed islamofobe, si potrebbero certamente ritenere maturi i tempi per abbandonare l'eccezionale regime *ex art. 17*, approdando ad un rassicurante *ius commune* e chiudendo i conti, finalmente, con l'amara eredità del dopoguerra. Anche adottando tali principi generali, tra l'altro, l'esito del giudizio europeo probabilmente non si discosterebbe di molto da quello raggiunto mediante l'impiego dell'abuso del diritto⁸⁴³.

in cui viene annullata la decisione del giudice amministrativo riguardante il divieto imposto al partito di estrema destra *NPD* di tenere una manifestazione. La Corte costituzionale tedesca osserva che, fintantoché un partito politico – per quanto le sue posizioni contrastino con l'ordine democratico – non venga bandito ai sensi dell'art. 21 della Legge fondamentale, esso gode degli ordinari diritti di espressione e di riunione nella loro pienezza (par. 14, 16). Un'importante garanzia contro la riemersione del partito nazista risiede infatti proprio nel rispetto della legalità e dei diritti fondamentali anche nei confronti delle minoranze, a differenza di quanto fatto durante il Terzo Reich (par. 16-17). Sembrerebbe dunque in via di superamento il concetto di democrazia militante, sebbene rimanga imperativo il bisogno di esprimere speciale riguardo verso la comunità ebraica. V., sempre con riguardo alla libertà di espressione riferita all'ideologia nazista, BVG, 4 novembre 2009, BvR 2150/08; BVG, 4 febbraio 2010, 1 BvR 369/04, 1 BvR 370/04, 1 BvR 371/04.

⁸⁴³ Osserva S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne*, cit., p. 564, che la giurisprudenza degli organi di Strasburgo – malgrado una sottoutilizzazione dell'art. 17 che l'Autore critica – è sempre apparsa, nel complesso, molto ferma e severa nei confronti degli estremismi liberticidi. In ogni caso, egli proponeva, nel 2001, una rivitalizzazione dell'effetto ghigliottina dell'art. 17 che sembra nel frattempo essersi avverata (v. p. 565). Anche il giudice Spielmann nel 1998 si chiedeva se fosse davvero necessario chiamare in causa l'art. 17 nei casi di opinione “abusiva”, A. SPIELMANN, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit*, cit., pp. 685-686. Ancora, con riferimento alle decisioni in cui l'art. 17 è intervenuto come canone di interpretazione, S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile?*, in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL, F. TULKENS (diretto da), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté?*, Bruxelles, 2000, p. 186, dubita che il loro esito sarebbe stato diverso ove si fosse applicato il test sulla sola base dell'art.

Non ci si può esimere dall'ammettere, tuttavia, come la negazione dell'Olocausto – specialmente in certi paesi – sia percepita come una condotta indissolubilmente legata all'ideologia nazista, di cui costituirebbe una subdola forma di esaltazione, nonché come una maschera sotto cui si celano intenti antisemiti. La nettezza di una dichiarazione di contrarietà ai valori convenzionali⁸⁴⁴, allora, farebbe da *pendant* a quell'atteggiamento di ossequio che alcuni Stati – in ragione del peso di un passato non ancora completamente passato – si sentono in obbligo di tenere nei confronti della comunità ebraica⁸⁴⁵. Se questo è vero, e potrebbe valere a giustificare un'invocazione dell'art. 17 nel suo limitato significato storico, è altrettanto vero che tale

10, senza l'interferenza dell'abuso del diritto; nello stesso senso, A. TERRASI, *sub* art. 17, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve*, cit., p. 578.

⁸⁴⁴ Vede nell'art. 17 uno strumento più consono, rispetto allo *ius commune*, ad esercitare un effetto di deterrenza verso i *liberticides*, in termini “de clarté, de pédagogie”, S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne*, cit., p. 565. Ammettono questo forte impatto simbolico anche H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause*, cit., p. 83, i quali però auspicano una riconduzione sotto l'egida dei principi ordinari di tutte le espressioni di *hate speech*, incluse quelle di negazionismo.

⁸⁴⁵ Cfr. *Hoffer and Annen v. Germany*, 13 gennaio 2011, 397/07 e 2322/07, par. 48 (in cui la Corte riconosce la specificità del contesto storico e sociale tedesco con riferimento al significato dell'Olocausto, evento al quale era stata paragonata dal ricorrente l'odierna pratica dell'aborto); *Peta Deutschland v. Germany*, cit., par. 48-49 (riguardante il caso di un annuncio in cui il destino delle vittime dell'Olocausto veniva accostato a quello degli animali allevati in batteria. La Corte non rinviene una violazione della libertà di espressione nell'ingiunzione civile a non pubblicare i poster, richiamando il contesto storico e sociale della Germania entro cui deve leggersi il riferimento all'Olocausto; accetta quindi che il governo si dichiari soggetto ad un “obbligo speciale” nei confronti degli ebrei che vivono in Germania); il fatto che questo ragionamento sia fondato sullo “speciale” contesto tedesco è sottolineato (e come tale criticato) anche nell'opinione dissenziente dei giudici Zupančič e Spielmann, allegata alla sentenza. V., altresì, W. BRUGGER, *Ban On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law*, cit., p. 18, che conclude: “the criminalization of the simple denial of the Holocaust cannot be justified along the lines of traditionally accepted free speech doctrine. It can be justified only against the background of the singular significance of the Holocaust to the self-image of all Germans”.

considerazione a) non vale per tutti gli Stati, e b) non vale necessariamente per le altre forme di negazionismo⁸⁴⁶.

Il vero pericolo che emerge dall'analisi della giurisprudenza sul negazionismo è rappresentato piuttosto dall'indeterminatezza della categoria delle attività "in contrasto con i valori sottesi alla Convenzione"; categoria che, difatti, sta risentendo col tempo di una preoccupante espansione, andando a ricomprendere una vasta gamma di espressioni sgradite⁸⁴⁷. Si rischierebbe così di sottoporre la libertà di parola al rispetto di una non meglio definita "morale democratica"⁸⁴⁸. Come già un autorevole studioso aveva predetto, una volta aperta una breccia nella libertà di espressione, accettandone alcune eccezioni, ad uscirne intaccata è la sua complessiva capacità di resistenza⁸⁴⁹.

La problematicità dell'ultimo sviluppo descritto non risiede quindi solo nel suo appoggio a quelle normative nazionali che allargano l'area di criminalizzazione, per via legislativa o giurisprudenziale, fino ad includervi le condotte negazioniste di tipo "puro", cioè non connotate da elementi qualificanti di pericolo quali l'incitamento all'odio o alla discriminazione razziale. Il rischio maggiore sta nell'estensione di modelli argomentativi *tranchant*, sviluppati in relazione ad espressioni di ispirazione razzista o antisemita, ad un'ampia ed indefinita categoria di opinioni che non ne

⁸⁴⁶ Sulle peculiari caratteristiche della negazione dell'Olocausto, che ne giustificherebbero una tutela privilegiata rispetto alle condotte riferite ad altri gravi crimini del passato, v. P. WACHSMANN, *Liberté d'expression et négationnisme*, cit., p. 591, il quale sostiene come la particolarità di questo fenomeno, oltre che nel suo carattere sistematico, risieda nel suo cumulare un'allegazione fattuale falsa, fatta in mala fede, con l'intenzione di offendere le vittime.

⁸⁴⁷ V. *supra*, § III.7.

⁸⁴⁸ L'espressione virgolettata è di P. WACHSMANN, *Liberté d'expression et négationnisme*, cit., p. 593.

⁸⁴⁹ R. DWORKIN, *Foreword*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, cit., pp. vi, ix. Sostiene l'adozione del modello americano di *free speech*, basato sul *First Amendment*, considerandolo addirittura più adatto alle democrazie dell'Europa occidentale rispetto agli Stati Uniti, E. HEINZE, *Viewpoint Absolutism and Hate Speech*, cit., pp. 543-582; l'Autore critica le leggi che vietano l'*hate speech* a causa dei loro effetti discriminatori, come dimostrerebbe l'incoerenza della Corte EDU nelle sentenze pronunciate sul tema (v. *supra*, nota 636).

condivide la forza destabilizzatrice. In questi casi, sembra ancor più iniquo, nonché contrario ai principi generali, sbarrare l'accesso al test di bilanciamento previsto dall'art. 10 attraverso la chiamata in causa della clausola di salvaguardia dell'abuso del diritto, che dovrebbe rimanere eccezionale⁸⁵⁰.

12.3. Alcune proposte interpretative

La soluzione interpretativa che qui si avanza, comunque, non sottovaluta la rilevanza di quell'interesse a garantire la pacifica convivenza tra gruppi sociali di cui sembra tutt'ora portatore l'art. 17 nella gran parte dei casi, non solo di negazionismo⁸⁵¹. Ispirandosi a quella che è stata prima identificata come la “seconda fase” della giurisprudenza sul negazionismo, tale proposta mira a valorizzare l'algoritmo decisorio sviluppato nei giudizi di conformità all'art. 10, allargandone la base di giudizio fino a ricondurvi anche siffatto interesse, che alla fine si identifica con l'ordine pubblico materiale.

A tale seconda fase di sviluppo, si ricorderà, possono essere ricondotti due diversi paradigmi: il primo, in cui l'art. 17 entra nel giudizio di bilanciamento svolto ai sensi dell'art. 10, facendosi veicolo dell'interesse alla pacifica coesistenza della popolazione all'interno di un certo paese⁸⁵²; il secondo – caratterizzato da una certa ambiguità – in cui l'art. 10 viene richiamato in modo fittizio, con una formula stilistica dietro la quale si cela un'applicazione

⁸⁵⁰ Cfr. I. HARE, *Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, cit., pp. 78-79, il quale critica l'utilizzo dell'art. 17 al di là di quelle situazioni in cui è lo stesso sistema democratico ad essere posto in pericolo, osservando come l'applicazione della clausola sull'abuso del diritto contraddica le dichiarazioni spesso ripetute dalla Corte secondo cui la libertà di espressione protegge anche le opinioni che offendono, scioccano o turbano parte della popolazione.

⁸⁵¹ V. *supra* § III.6.2.

⁸⁵² V., ad esempio, *Remer v. Germany*, cit., (the law), par. 1, p. 5; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Germany*, cit., (the law), pp. 4-5; *D. I. v. Germany*, cit., (the law), par. 2; *Hennicke v. Germany*, cit., (the law), p. 3.

dell'art. 17 sostanzialmente autonoma, analoga a quella poi adottata nella terza fase⁸⁵³.

Allora, volendo conferire rilievo alle esigenze di tutela della pacifica convivenza dei diversi gruppi sociali all'interno del contesto nazionale, si potrebbe rivitalizzare la prima di queste due versioni, relegando l'art. 17 ad una funzione di *canone interpretativo ausiliario*, di strumento di *misura della necessità* dell'ingerenza statale, capace di esercitare una forte influenza sul giudizio di bilanciamento svolto secondo l'art. 10, senza tuttavia escluderlo totalmente⁸⁵⁴. In questo modo, da un lato, i governi nazionali non sarebbero esentati dall'addurre circostanze idonee a giustificare le misure restrittive adottate, evitando così la creazione di zone sottratte al sindacato europeo; dall'altro, l'art. 17 potrebbe offrire una rassicurazione sufficiente per quegli Stati particolarmente preoccupati di tutelare – anche dal punto di vista simbolico – le vittime di crimini dei quali si sentono responsabili. Anche in tali casi, tuttavia, l'abuso del diritto dovrebbe venire utilizzato con oculatezza dalla Corte, rispettandone la vocazione anti-totalitaria, che di per sé implica un'applicazione in evenienze eccezionali.

Il vantaggio di questa posizione risiederebbe nel ricondurre tutte le espressioni, a prescindere dal loro contenuto, nell'ambito dei principi generali dedotti dall'art. 10. Allo stesso tempo, il richiamo alla disposizione sull'abuso del diritto garantirebbe un peso maggiore, nel giudizio di bilanciamento, all'interesse alla pacifica convivenza tra i diversi gruppi che compongono la popolazione di un paese.

Così facendo, la Corte potrebbe modulare le esigenze di protezione di ciascun gruppo sociale sulla base di una realtà storico-geografica precisa, da valutare alla luce di tutte le circostanze concrete, caso per caso, rifuggendo pericolosi statuti d'eccezione che altro non fanno se non incrinare le stesse norme di

⁸⁵³ V., ad esempio, *Honsik v. Austria*, cit., (the law), par. 1, pp. 5-6; *Pierre Marais v. France*, cit., (the law), par. 1, p. 190.

⁸⁵⁴ V. J.A. FROWEIN, *Incitement Against Democracy as a Limitation of Freedom of Speech*, in D. KRETZMER, F.K. HAZAN (a cura di), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, cit., p. 36, che approva l'uso dell'art. 17 come argomento *ad adiuvandum* nell'ambito del giudizio *ex art. 10*, così da evitare i pericoli che l'abuso del diritto farebbe altrimenti sorgere.

generale applicazione⁸⁵⁵. Va da sé che la negazione dell'Olocausto, stante la collocazione dell'evento nel cuore della storia europea, con tutta probabilità giustificherebbe maggiori restrizioni in ragione del suo alto potenziale di pericolo; tuttavia, e qui sta la differenza, esse andranno parametrize, ad esempio, al contesto sociale di riferimento – l'effetto in Germania non può essere paragonato a quello in Scandinavia – e allo specifico fatto storico oggetto di negazione – contestare l'esistenza delle camere a gas non equivale a dubitare dell'esistenza di elementi probatori comprovanti l'ordine di Hitler di sterminare gli ebrei.

Una soluzione di questo genere richiederebbe tuttavia un *revirement* nella giurisprudenza della Corte che, alla luce della sua comprensibile riluttanza nel rimettere apertamente in discussione un orientamento consolidato, appare poco probabile. Un'opzione interpretativa alternativa – certo meno desiderabile, ma più in armonia con le menzionate linee evolutive di Strasburgo – valorizza la natura eccezionale che dovrebbe essere attribuita all'art. 17, come di recente riconosciuto anche dalla Corte⁸⁵⁶. L'applicazione di questa disposizione dovrebbe cioè – in tutti i casi, e non solo occasionalmente – essere guidata dai criteri, sopra individuati, che fanno leva sulla gravità della condotta, l'univocità dello scopo perseguito dall'autore e la presenza di validi interessi contrapposti⁸⁵⁷. In questa valutazione, come già precisato, non varrebbe, a dimostrazione della gravità degli atti, addurre il loro discostamento dai valori sottesi alla Convenzione, ma occorrerebbe altresì accertare una minaccia concreta ed attuale per la stabilità democratica, tenendo conto del contesto storico e politico del paese di riferimento⁸⁵⁸.

⁸⁵⁵ Come dimostrato, durante la seconda fase di sviluppo della giurisprudenza sul negazionismo, la Corte era solita, nell'analisi della necessità della misura restrittiva nazionale, riferirsi alle circostanze storiche dello Stato convenuto (v. *supra*, ad esempio § III.5.1). L'importanza del contesto storico-politico è affiorata anche nei casi in cui venivano invocate esigenze di difesa della democrazia dai gruppi totalitari, v. *supra*, § III.7.1.4.

⁸⁵⁶ V. *supra*, nota 786. Anche parte della dottrina concorda sulla necessità di confinare l'art. 17 a casi estremi, v., ad esempio, A. SPIELMANN, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit*, cit., p. 686.

⁸⁵⁷ V. *supra*, § III.8.

⁸⁵⁸ V. *supra*, § III.7.2.4.

Se l'organo di Strasburgo, come appare più probabile, si orienterà verso questa seconda opzione interpretativa, sarebbe altresì auspicabile che, per recuperare la valenza di *extrema ratio* dell'art. 17 ed incrementare la trasparenza del ragionamento della Corte, questa disposizione entrasse in gioco *esclusivamente* qualora si riscontri la necessità – nella logica che gli è propria⁸⁵⁹ – di imporre limitazioni più ampie rispetto a quelle già previste dalle norme di *ius commune*. L'applicabilità dell'abuso del diritto dovrebbe cioè essere vagliata solo *dopo* lo svolgimento dell'ordinario esame secondo le disposizioni comuni, come tra l'altro adombrato in alcune decisioni⁸⁶⁰. Così, se la minaccia degli “*ennemis de la liberté*” potrà essere respinta seguendo i principi generali in materia di libertà di espressione, non occorrerà nemmeno fare ricorso allo strumento illiberale dell'abuso del diritto. Viceversa, ove emerga il bisogno di invocare l'art. 17 per “coprire” una restrizione statale altrimenti contrastante con le regole convenzionali ordinarie, i giudici

⁸⁵⁹ Così S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile?*, cit., p. 178, che richiama F.G. JACOBS, R.C.A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 2° ed., Clarendon press, 1996, p. 312.

⁸⁶⁰ Il rinvio dell'esame dell'art. 17 al termine della valutazione sul merito del ricorso è stato effettuato dagli organi di Strasburgo in alcuni risalenti casi: *X. v. Austria*, (dec.), 13 dicembre 1963, 1747/62; *Engel and Others v. the Netherlands*, Plenary, 8 giugno 1976, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, par. 104; *De Becker c. Belgique*, Rapport de la Commission, cit., par. 194, 279 (in quest'ultimo caso la Corte non ha poi avuto modo, per sopravvenuto mutamento legislativo, di esaminare il punto). Più di recente, la stessa logica è parsa ispirare, non senza ambiguità, i casi *United Communist Party v. Turkey*, cit., par. 32, 60; *Socialist Party v. Turkey*, cit., par. 29, 53; *Freedom and Democracy Party v. Turkey*, cit., par. 47; *Refah Partisi v. Turkey*, cit., par. 96, 137 (tutti casi in cui l'applicazione dell'art. 17 è stata scartata al termine della decisione, alla luce di tutte le circostanze fattuali), mentre il filo conduttore è parso cristallino in *Seurot c. France*, cit., (en droit), p. 9 (un caso, tra l'altro, in cui le espressioni erano state considerate di “incontestabile carattere razzista”, ma in cui la Corte ha declinato di prendere in esame la clausola sull'abuso del diritto, poiché il ricorso poteva essere rigettato come manifestamente inammissibile ai sensi dell'art. 10). Sembra condividere questo posizionamento della valutazione sull'applicabilità dell'art. 17, successivo rispetto all'esame sulla necessità della restrizione, A. TERRASI, *sub art. 17*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve*, cit., p. 580.

potranno giovare di tutte le circostanze fattuali già emerse durante l'esame del merito del ricorso⁸⁶¹.

Rimane aperta l'ultima – cruciale – questione, se sia cioè ancora possibile accettare una disciplina differenziata per la negazione dell'Olocausto. Qualora fossero accolti i suggerimenti ermeneutici appena tracciati, la domanda perderebbe rilievo, visto che tali espressioni, alla pari delle altre opinioni rientranti nel campo d'applicazione dell'art. 17, sarebbero sottoposte ad un regime solo *moderatamente* derogatorio. L'attuale loro trattamento invece, *unico* rispetto a tutte le altre manifestazioni del pensiero, appare francamente troppo distante persino dai principi – a loro volta eccezionali – elaborati per regolare l'applicazione dell'art. 17. Tra l'altro, come già fatto presente, non si vede come si possa continuare a giustificare un atteggiamento giudiziario così rigido nei confronti del negazionismo, a fronte di espressioni la cui pericolosità si staglia ben più accentuata ed imminente ma che rimangono assoggettate agli ordinari (e liberali) canoni sulla libertà di espressione⁸⁶².

Se davvero la Corte ancora non se la sente di affrancarsi dalle sue origini anti-naziste, sarebbe perlomeno auspicabile che delimitasse questa zona franca a quegli Stati dove l'esigenza di ripudiare il passato si presenti come

⁸⁶¹ La riluttanza della Corte ad adottare un simile approccio, che scardinerebbe l'attuale concezione dell'art. 17 come causa di dichiarazione *preliminare* di inammissibilità del ricorso, è prevedibile. Sarebbe infatti politicamente imbarazzante dichiarare che una certa misura restrittiva nazionale, che pur violerebbe gli ordinari principi convenzionali, deve essere convalidata per eccezionali ragioni di difesa della democrazia. In alcuni casi potrebbe infatti emergere in modo palese come la punizione (ad esempio) delle espressioni negazioniste, se valutata in base al metro utilizzato per tutte le altre opinioni, sarebbe da considerare in contrasto con i diritti fondamentali. Se attualmente le decisioni di inammissibilità pronunciate ai sensi dell'art. 17 equivalgono ad una *sanzione* nei confronti del ricorrente, seguendo l'indirizzo qui proposto esse non farebbero altro che aumentare il disagio delle democrazie nel vietare questo tipo di discorsi. Tuttavia, questa è la realtà delle cose, e palesarla contribuirebbe a far emergere come lo statuto d'eccezione, oltre ad aver mostrato – nella prassi – un'applicazione poco coerente e tendente ad un'eccessiva espansione, non sia più necessario né giustificabile nell'Europa di oggi.

⁸⁶² Così anche H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause*, cit., pp. 74-75, che fanno anche notare come il test di "sufficiente imminenza del pericolo" esplicitato ad esempio in *Refah Partisi* non sia mai stato impiegato nei casi di negazionismo.

assolutamente inderogabile. Il rischio, altrimenti, è quello di fare di tutta Europa una *wehrhafte Demokratie*⁸⁶³.

⁸⁶³ Cfr. S. CECCANTI, *L'Italia non è una "democrazia protetta", ma la Turchia e la Corte di Strasburgo non lo sanno*, in *Giur. cost.*, 2001, pp. 2116-2117, in cui osserva come solo due paesi dell'Unione europea contengano nella propria Costituzione disposizioni volte a vietare opinioni radicalmente dissenzienti, in analogia con la XII disposizione transitoria e finale della nostra Carta; anche in tali contesti, tuttavia, prosegue l'Autore, le corti costituzionali hanno sviluppato una giurisprudenza che richiede un "uso effettivo della violenza, per attivare [...] la difesa attiva della democrazia".

IV. REATO DI NEGAZIONISMO: PROSPETTIVE DI SVILUPPO

1. Interazioni, analogie e contrasti nelle due Europe del negazionismo: conseguenze giuridiche per gli ordinamenti nazionali

1.1. Il versante della UE: la Decisione quadro tra istanze repressive, effetti di armonizzazione e persuasione politica

La presente indagine ha tentato di studiare il rapporto tra il reato di negazionismo e i due principali sistemi istituzionali europei. È giunto ora il momento di riassumere brevemente i risultati raggiunti, analizzando le interazioni e le influenze reciproche tra l'Unione europea e l'architettura della CEDU, così da poter delineare chiaramente i contorni degli obblighi incombenti sugli Stati in questa materia.

La Decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta a razzismo e xenofobia mediante il diritto penale rappresenta il più incisivo strumento approntato dall'Unione per contrastare questi fenomeni di intolleranza. Essa costituisce l'ultimo passo di un cammino intrapreso dalle istituzioni comunitarie sin dagli anni '80, volto ad erigere progressivamente uno dei pilastri delle politiche di Bruxelles, incentrato su una netta presa di posizione contro le manifestazioni razziste che con preoccupazione emergevano nelle realtà di vari paesi. La Decisione quadro, la cui disposizione di maggior novità si incentra sulla promozione del divieto penale di negazionismo, è stata concepita per superare la principale difficoltà evidenziata da tutte le altre misure fino ad allora adottate, vale a dire il loro dubbio carattere vincolante, sfociante in un basso tasso di effettività.

L'obiettivo, in particolare, era quello di riconciliare – o perlomeno ravvicinare – le opposte posizioni sul negazionismo che dividevano (ed ancora dividono)

gli Stati europei: esplicita ed incondizionata incriminazione, da una parte, contro punibilità nell'ambito delle più generali fattispecie antidiscriminazione, dall'altra. Il testo finale della Decisione quadro, cui si è arrivati dopo lunghe e complesse trattative, non sembra in grado di sanare questa frattura proprio in quanto, essendo il risultato di un compromesso, non fa sorgere obblighi stringenti e, soprattutto, ammette entrambe le soluzioni appena descritte. Rimane dunque a livello nazionale sia la scelta sulla forma di incriminazione – esplicita o implicita – sia quella relativa al suo archetipo di riferimento – il negazionismo puro oppure quello qualificato –.

L'interrogativo si sposta allora sulla soglia minima di penalità fissata dalla Decisione quadro; su quel minimo comune denominatore, cioè, che individua la quota più bassa di repressione cui gli Stati devono attenersi per non infrangere i dettami europei. Avendo in questa sede sposato la tesi dell'integrale sussunzione sotto la generale fattispecie di cui all'art. 1, comma 1, lett. a), della Decisione quadro delle ipotesi di negazionismo ivi previste, è in questa ultima norma che va identificato il contenuto vincolante inderogabile dell'atto europeo. Dovranno perciò essere rese punibili le seguenti condotte:

l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica⁸⁶⁴.

Occorre tuttavia tener conto di almeno due clausole, applicabili alla disposizione appena riportata, che ne riducono notevolmente l'impatto sugli ordinamenti nazionali, conferendo a questi ultimi alcuni significativi margini di manovra. In primo luogo, il comma secondo del medesimo art. 1 stabilisce che “gli Stati membri possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare l'*ordine pubblico* o che sono *minacciosi, offensivi o ingiuriosi*”⁸⁶⁵. In secondo luogo, va richiamato l'art. 7, il quale impone un “rispetto rafforzato” delle norme costituzionali interne e dei principi fondamentali dell'Unione europea in materia di libertà di espressione. Questi rilievi parrebbero suggerire che la soglia di criminalizzazione imposta a livello europeo si colloca al di sotto del livello già assicurato dalla

⁸⁶⁴ Art. 1, comma 1, lett. a), della Decisione quadro.

⁸⁶⁵ Art. 1, comma 2, della Decisione quadro (corsivo aggiunto).

legislazione anti-*hate speech* in vigore nella pressoché totalità degli Stati Membri. Di conseguenza, non sembra che la Decisione possa avere un grande impatto sotto il profilo appena esaminato, salvo impedire o limitare futuri interventi di depenalizzazione.

Se questo è il quadro delle richieste minime di criminalizzazione, non molto più pressanti sono i vincoli tracciati in tema di negazionismo. Si è osservato, infatti, come una moltitudine di “elementi opzionali del reato”, che gli Stati sono liberi di scegliere in fase di trasposizione della Decisione quadro per limitare il campo di applicazione dell’illecito, finiscano per alleggerire notevolmente l’entità delle azioni legislative da intraprendere per conformarsi all’atto europeo *de qua*. In sostanza ogni ordinamento gode di ampia discrezionalità in merito alla conformazione della fattispecie, cosicché in effetti il modello già prescelto ed adottato in precedenza non abbinerà di particolari emendamenti.

A questa debolezza del dato letterale, che circoscrive il perimetro delle richieste europee, si aggiunge la debolezza della cornice giuridica che regola le decisioni quadro. Si è notato infatti che per gli atti del terzo pilastro, a differenza di quelli adottati entro il pilastro comunitario, i Trattati non prevedono una procedura di infrazione innescabile dalla Commissione europea in caso di inadempienza da parte degli Stati. In altre parole, i Membri dell’Unione non potranno essere assoggettati a sanzioni di tipo giuridico se non rispetteranno gli obblighi posti dalle decisioni quadro.

A livello normativo, in conclusione, la Decisione quadro non dà luogo a notevoli vincoli in capo agli Stati Membri, né in riferimento all’incitamento all’odio o alla violenza razziale, né rispetto al reato di negazionismo. Ciò non significa, nondimeno, che da essa non discenda alcun effetto *tout court*, come dimostrano le politiche legislative di recente messe in atto dai paesi dell’ex blocco sovietico. In questi ed altri contesti, la Decisione quadro ha probabilmente contribuito ad consolidare una tendenza ad irrobustire le misure penali di contrasto al negazionismo, andando ad assumere il ruolo di pretesto politico o, semplicemente, quello di fattore persuasivo. Tuttavia, *maggiore repressione non equivale a maggiore armonizzazione*: sembra infatti che se da un lato si registra un’espansione dell’area di punibilità, dall’altro a questa dinamica non corrisponde un ravvicinamento delle

legislazioni degli Stati europei in materia di negazionismo, le cui fattispecie continuano a rispondere a logiche di respiro nazionale, quali ad esempio – nell'Europa dell'est – il tentativo di equiparare, in termini di censura morale, i crimini del Terzo Reich e quelli dei regimi filo-sovietici, così da porre sullo stesso piano nazisti e comunisti.

Nel corso di questo lavoro si è altresì sostenuto che la Decisione quadro non manca del tutto di produrre effetti di armonizzazione. Una volta che uno Stato opta a favore di un'espressa fattispecie di negazionismo, sembrerebbe che esso non possa non attenersi a tre elementi definitivi, sanciti dall'atto europeo in relazione a: *a)* la definizione della condotta; *b)* l'identificazione dei crimini internazionali da tutelare; e *c)* la definizione di tali crimini.

Rimane da verificare fino a che punto l'Unione europea pretenderà il rispetto di questi tre elementi del reato. Occorrerà anzitutto attendere il decorso del quinquennale periodo transitorio che posticipa al 1° dicembre 2014 l'entrata in vigore per le decisioni quadro delle innovazioni giuridiche apportate dal Trattato di Lisbona. Con la nuova disciplina, la Commissione europea sarà dotata del potere di promuovere un procedimento di infrazione e adire in tal modo la Corte di Giustizia. Saranno perciò i giudici di Lussemburgo a decidere l'ampiezza del margine di apprezzamento che la Decisione quadro lascia agli Stati in fase di trasposizione interna – ad esempio, stabiliranno se per gli Stati che hanno optato per l'incriminazione espressa del negazionismo sarà obbligatorio prevedere l'espressa punibilità non solo delle condotte riferite all'Olocausto, ma anche di quelle che pongono in discussione, giustificano o minimizzano grossolanamente gli altri crimini internazionali elencati dalla Decisione –.

In ogni caso, al di là della forza giuridica di tale atto europeo, rimane fermo il suo effetto di persuasione – e dunque la sua forza politico-simbolica – nella direzione di una più avanzata repressione penale delle manifestazioni negazioniste.

1.2. Il versante della CEDU: il negazionismo come abuso della libertà di espressione

La seconda parte della presente indagine si è concentrata sul trentennale sviluppo giurisprudenziale della Corte EDU in tema di restrizioni nazionali imposte alle condotte negazioniste. I principi elaborati in questa serie di decisioni, sebbene non sempre riguardanti norme interne omogenee, possono considerarsi oramai assodati. Essi assumono rilievo nella fase di attuazione degli obblighi di incriminazione posti dall'Unione europea, durante la quale gli Stati Membri dovranno conciliare tali istanze repressive con l'esigenza di rispettare il diritto alla libertà di parola così come interpretato dai giudici di Strasburgo.

Nell'introduzione si accennava al fatto che, facendo leva sul mandato istituzionale del sistema CEDU, ci si aspettava di individuare nelle sentenze della Corte in materia un insieme di direttive caratterizzate da una direzione chiara e univoca: prescrivere alcuni limiti invalicabili alla punibilità delle manifestazioni del pensiero, in ossequio all'interpretazione rigorosa (perlomeno negli enunciati di principio) data all'art. 10 della CEDU. Il nostro studio ha messo in luce che, in tema di espressioni negazioniste, così non è.

Dall'esame delle pronunce della Commissione e della Corte di Strasburgo è emerso che questo tipo di discorsi è stato assoggettato ad uno *statuto speciale*. Aniché tenere fermo il consolidato apparato di principi garantisti elaborato a partire dalle norme di cui all'art. 10 della CEDU, i giudici europei hanno applicato al negazionismo – così come ad uno spettro crescente di opinioni – una disciplina derogatoria che ruota attorno alla clausola sull'abuso del diritto prevista dall'art. 17 della CEDU. In base al corrente orientamento, la chiamata in causa di tale disposizione determina il c.d. effetto ghigliottina, escludendo in radice un certo tipo di espressioni, in virtù del suo solo contenuto, dall'ambito di protezione della Convenzione. In altri termini, quando affronta ingerenze statali dirette contro condotte negazioniste, la Corte non procede ad un giudizio di bilanciamento (in cui verrebbero valutate le circostanze concrete e soppesati gli interessi in gioco), bensì dichiara il ricorso inammissibile unicamente sulla base del rilievo che quella categoria di espressioni esula dal campo di applicabilità della libertà di parola.

In particolare, si è visto che la negazione dei fatti storici chiaramente stabiliti – come l'Olocausto – viene regolarmente sottratta, in applicazione dell'art. 17, all'ombrello protettivo della libertà di espressione. Di conseguenza, tutti i ricorsi vertenti sul negazionismo sono stati respinti a seguito di una valutazione sommaria delle circostanze fattuali, quasi sempre appiattita sui *dicta* emanati dalle corti interne. Questo *modus operandi* contrasta nettamente con quello che la Corte ha mostrato invece di prediligere normalmente nei casi di interferenza con il *free speech*, in cui, lungi dall'accontentarsi di riprendere acriticamente le motivazioni delle autorità nazionali, ha proceduto ad effettuare un'autonoma valutazione dei fatti di causa, talvolta discostandosi sensibilmente dalle qualificazioni giuridiche adottate a livello interno.

Dubitando che questo statuto speciale potesse giustificarsi con la mera constatazione che l'Olocausto rientra nella categoria – di creazione strasburghese – dei fatti storici chiaramente acclarati, la cui negazione si pone in antitesi con i valori sottesi alla Convenzione, sono stati esplorati altri sentieri esplicativi. Non sembrava cioè che – malgrado la nitida statuizione di principio sostenuta a partire dal caso *Lehideux* – la contestazione di un altro qualunque fatto storico altrettanto acclarato potesse condurre ai medesimi (radicali) esiti descritti in riferimento alla negazione dell'Olocausto. Per questo, in aggiunta all'analisi dei casi vertenti su quest'ultimo tipo di espressioni, si è allargato il campo d'indagine all'insieme delle decisioni della Corte che hanno applicato, rifiutato di applicare, ignorato o interpretato l'art. 17.

Durante la fase iniziale della giurisprudenza sulla negazione dell'Olocausto, il perentorio rigetto di questi discorsi si doveva indubbiamente attribuire alla sua vicinanza all'ideologia nazista, in riferimento alla quale la clausola sull'abuso del diritto era stata concepita. Nessuna sorpresa, quindi, che la Corte non lasciasse spazio alcuno a quei movimenti di ispirazione totalitaria per fronteggiare i quali era stato pensato l'inserimento dell'art. 17 nel testo della Convenzione. Va osservato che sebbene l'affiliazione tra negazionismo ed ideologia nazista (o comunque razzista) risultasse in effetti confermata dalle circostanze fattuali dei vari ricorsi, ciò non è mai stato oggetto di concrete valutazioni della Corte che andassero al di là di vuote e standardizzate formule

di stile. Questo elemento di collegamento è stato piuttosto presunto, oppure semplicemente ripreso passivamente dalle motivazioni dei tribunali interni.

Successivamente, questo paradigma esplicativo si è rivelato non più soddisfacente. Da un lato, l'applicazione dell'art. 17 presentava delle incoerenze interne, in quanto non più legata a doppio filo con comportamenti riconducibili a nazismo o razzismo: confermata in un caso di negazionismo malgrado l'assenza di indici razzisti o totalitari, è stata viceversa esclusa in un altro, nonostante la palese sussistenza di elementi razzisti. Dall'altro lato, la clausola sull'abuso del diritto è fuoriuscita dai suoi orizzonti primordiali, allargando il proprio campo d'intervento a un novero di espressioni in costante espansione che spazia dall'*hate speech* privo di appelli alla violenza, all'islamofobia e, soprattutto, alla contestazione di gravi crimini diversi e aggiuntivi rispetto allo sterminio degli ebrei. A questo riguardo si è argomentato che mentre l'assoluto rigetto nei confronti della negazione dell'Olocausto derivava dal ripudio delle atrocità naziste, posto a fondamento del sistema della CEDU (così come di quello dell'Unione europea), l'invocazione dell'abuso del diritto nei casi di negazione di tutti i crimini internazionali risponde ad altre logiche. Rimandando ai paragrafi successivi per maggiori approfondimenti su questa cruciale questione, basti qui ricordare che quest'ultima classe di espressioni pregiudica il successo di un'operazione politica volta a costruire una nuova identità europea basata proprio sui valori della tolleranza e del rispetto dei diritti dell'uomo. Così, il disconoscimento implicato dalla negazione delle gravi violazioni di tali diritti, con il conseguente attacco alla dignità delle vittime, non può che legittimare il richiamo dell'art. 17 e del suo sottostante armamentario di difesa della democrazia.

Passare in rassegna l'ampia, articolata e a tratti contraddittoria giurisprudenza sull'abuso del diritto ha permesso di dedurre regole interpretative che illuminano l'atteggiamento assunto dalla Corte in merito alle interferenze con il discorso negazionista. Come anticipato, questa disposizione ha allargato il suo raggio d'azione abbracciando varie attività giudicate incompatibili con i valori espressi dalla CEDU. Questo sviluppo è stato però accompagnato dall'introduzione di criteri correttivi. Se da un lato, cioè, la Corte ha dilatato l'area applicativa dell'art. 17, dall'altro ha progressivamente (ed

implicitamente) adottato degli *indici di gravità* che hanno orientato l'utilizzo della clausola in parola, tentando di confinarlo a casi eccezionali. I magistrati europei hanno lasciato trasparire alcuni criteri che, sempre in una logica di sufficiente gravità delle condotte sotto esame, limitano la chiamata in causa dell'abuso del diritto. Tra di essi sono stati individuati il carattere diretto o indiretto dell'espressione, l'univocità dello scopo perseguito (che deve identificarsi con la distruzione o limitazione dei diritti sanciti dalla Convenzione) e l'eventuale compresenza di interessi contrapposti.

Sorprendentemente, tuttavia, questi requisiti selettivi non operano in caso di negazione dell'Olocausto, la quale continua ad essere categoricamente esclusa dalla protezione convenzionale, a prescindere da ogni valutazione dei tratti specifici della singola vicenda. Per questo, tale trattamento è stato considerato una deroga rispetto ad un regime già di per sé derogatorio come quello che fa perno sull'art. 17.

Si è rilevato come questo indirizzo giurisprudenziale non sia più sostenibile e rischi, anzi, di indebolire nel suo complesso la dottrina sulla libertà di espressione costruita negli anni dalla Corte a partire dalla celebre (e celebrata) sentenza nel caso *Handyside*. Di qui l'auspicio che i giudici di Strasburgo abbandonino in toto questo statuto speciale.

Considerando comunque irrealistico che l'art. 17 venga definitivamente consegnato alla storia – o perlomeno confinato alle materie per il quale era stato inizialmente concepito –, si è fatto presente che non sembra accettabile che se ne dia un'applicazione differenziata a seconda del tipo di espressione in rilievo. L'abuso del diritto dovrebbe essere guidato da criteri uniformi in relazione a tutta la gamma di attività che oggi rientra entro la sua sfera di operatività. Anche la negazione dell'Olocausto dovrebbe quindi attirare su di sé l'effetto ghigliottina solo a condizione che la condotta in rilievo soddisfi gli indici di gravità sopra menzionati. In questo modo si riuscirebbe a distinguere, ad esempio, i discorsi pronunciati in pubblico dalle dichiarazioni contenute in una missiva privata indirizzata ad uno studioso⁸⁶⁶.

Tra i criteri che dovrebbero informare l'applicazione dell'art. 17, cruciale rilievo dovrebbe essere assegnato inoltre al contesto politico e sociale del

⁸⁶⁶ Quest'ultimo esempio richiama la vicenda *Witzsch v. Germany* (2), cit.

paese in cui sono state esternate le opinioni oggetto del sindacato europeo. Così, simili restrizioni sul negazionismo potrebbero risultare legittime in un paese caratterizzato da una certa storia recente, o attraversato da forti correnti di antisemitismo, mentre invece essere dichiarate immeritevoli di speciali regimi derogatori in altri contesti sociali e territoriali – ciò che le sottoporrebbe all'ordinario test di bilanciamento ai sensi dell'art. 10 –.

2. Un modello esplicativo in via di superamento: l'Olocausto come *topos* fondativo

L'analisi dei rapporti tra negazionismo e le due principali istituzioni europee ha mostrato come gli obblighi di adattamento ricadenti sugli Stati Membri siano di lieve entità. Le articolate riserve e clausole di flessibilità inserite nella Decisione quadro fanno sì che essa non sia destinata ad alterare profondamente le norme nazionali in materia, lasciando un notevole margine di apprezzamento in fase di trasposizione. Tutti i principali modelli di incriminazione che si riscontrano nel panorama europeo in tema di negazionismo sono stati infatti da essa legittimati nei loro tratti essenziali, che potranno quindi rimanere invariati. Certo, resta da vedere quale sarà l'orientamento che assumerà la Corte di Giustizia dell'UE, una volta che potrà far valere con pienezza la sua competenza giurisdizionale anche sugli atti del terzo pilastro.

Dal canto suo, la Corte di Strasburgo non pone ostacoli di sorta all'incriminazione del negazionismo – puro o qualificato che sia – esprimendo anzi un implicito sostegno verso forme di limitazione di tali espressioni, che non considera altro che abusi della libertà di parola.

Entrambe le istituzioni sono però accomunate da un'attenzione particolare dimostrata per il tema del negazionismo. Si è già osservato come la Decisione quadro persegua certamente obiettivi ulteriori rispetto a quelli dichiarati, identificabili in parte con la necessità di creare consenso (e precedenti) attorno all'idea di un diritto penale europeo, in parte con il tentativo di fondare un'identità europea condivisa⁸⁶⁷.

⁸⁶⁷ V. *supra* §§ II.4.1 e II.4.2.

La tesi che qui si propone è che lo scopo principale che muove l'intervento dell'Unione – e che fa da sfondo all'inusuale severità di Strasburgo – risponda ad esigenze di tipo simbolico, volte a trasmettere un chiaro messaggio al cittadino europeo⁸⁶⁸. Messaggio che non è limitato ad una presa di posizione contro il razzismo in generale, ma risente del significato che riveste l'Olocausto nelle società dell'Europa continentale che maggiormente ne hanno raccolto la pesante eredità. A tale riguardo sembra utile riportare le parole di Enzo Traverso:

Credo che la memoria della Shoah sia diventata una sorta di religione civile dell'Occidente democratico. Per essere solide e virtuose, le democrazie devono conservare la memoria dell'Olocausto⁸⁶⁹.

Ed è per questo che, sostiene ancora Traverso:

Diventata l'elemento centrale della memoria storica dell'Occidente, una sorta di religione civile dell'Occidente stesso, la Shoah viene considerata un bersaglio da colpire da parte di chi percepisce il mondo occidentale come nemico⁸⁷⁰.

I governi, specialmente quelli più coinvolti nella tragedia, sentono quindi il bisogno di ribadire, anche attraverso il diritto penale, la loro distanza dall'ideologia nazista che ha permesso l'accadimento dello sterminio nazista, così da riaffermare la propria legittimazione, radicata in quell'evento primordiale che “marca la presenza vivente del passato”⁸⁷¹.

Ciò si collega ad un'altra osservazione, che fa leva sul valore fondante rappresentato dall'Olocausto. In Italia, già il primo approfondito studio penalistico rilevava che “il negazionismo perturba in profondità le strutture

⁸⁶⁸ D'altra parte, è pur vero che un intervento europeo che avesse posto dei vincoli di armonizzazione più stringenti sarebbe stato a rischio di incostituzionalità, vista l'attinenza del tema del negazionismo con le “esperienze storiche, tradizioni di fede e altri fattori essenziali per il senso d'identità delle persone e delle loro comunità”, che lo rende particolarmente sensibile rispetto alle esigenze di autodeterminazione di una comunità politica: così il *Bundesverfassungsgericht* nel c.d. *Lessabon Urteil*, BVG, 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, cit., par. 363.

⁸⁶⁹ “La fabbrica europea dell'Olocausto”, intervista di Iaia Vantaggiato a Enzo Traverso, in *Il Manifesto*, 11 novembre 2005 (corsivo aggiunto).

⁸⁷⁰ Intervista di Guido Caldiron, in *Liberazione*, 25 gennaio 2007.

⁸⁷¹ H. ROUSSO, *The Haunting Past: History, Memory and Justice in Contemporary France* (1998), Philadelphia, 2002, p. 6.

sociali odierne”⁸⁷². Successivamente, in un commento alla sentenza *Garaudy*, si è avanzata l’ipotesi secondo cui ogni istituzione politica – sia essa tirannica o democratica – fonderebbe la propria legittimità su alcuni “*tabù* ideali e materiali, [su] alcuni *miti fondatori* che necessitano di essere protetti”⁸⁷³.

Inoltre la condanna delle atrocità naziste, tra cui assume un ruolo primario il genocidio degli ebrei, sarebbe non solo la base su cui sono fiorite alcune tra le principali democrazie costituzionali europee, ma anche la linfa che ha dato slancio alla moderna dottrina dei diritti umani⁸⁷⁴. I principali atti internazionali di tipo pattizio e dichiarativo, tra cui la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 e la stessa CEDU del 1950, trovarono

⁸⁷² E. FRONZA, *Profili penalistici*, cit., pp. 1064 e 1071 ss.

⁸⁷³ A. BURATTI, *L’affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei “miti fondatori” del regime democratico*, in *Giur. it.*, 2005, spec. p. 2247. Nello stesso senso, M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, cit., p. 46; ID., *L’incitamento all’odio razziale*, cit., pp. 115-116. In riferimento alla Germania, parla dell’Olocausto come di “foundational cataclysmic violence” anche L. DOUGLAS, *The Memory of Judgment*, cit., p. 220, mentre F. STRENG, *Verharmlosen des Holocaust durch den Verteidiger?*, in *Juristen Zeitung*, 2001, p. 205, definisce il divieto di negazionismo vigente nell’ordinamento tedesco un “zentrale moralische Grundlagen der staatlichen Gemeinschaft”; v., altresì, B. RUDOLF, *Le droit allemand face au discours raciste et aux partis racistes*, in *Rev. trim dr. h.*, 2001, p. 286; E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti*, cit., pp. 242 ss.; C. JOERGES, N.S. GHALEIGH (a cura di), *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Portland, 2003. Per una riflessione più ampia sul ruolo dei miti fondatori in ogni società, cfr. M. ELIADE, *Mito e realtà*, Milano, 1974.

⁸⁷⁴ I. HARE, *Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards*, cit., p. 75, in cui l’Autore osserva come il sistema internazionale di protezione dei diritti dell’uomo, inclusi la CEDU, rappresenti proprio una risposta ai regimi totalitari che avevano conquistato il potere in Europa a cavallo tra i due conflitti mondiali; W. BRUGGER, *Ban On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law*, cit., p. 21, il quale afferma che “the memory of the Holocaust has served as a catalyst for the global concern for human rights”. V. in generale sull’evoluzione del sistema internazionale di protezione dei diritti dell’uomo, P. SIEGHART, *International Law of Human Rights*, Oxford, 1983; ID., *The Lawful Rights of Mankind*, Oxford, 1985; H.J. STEINER, P. ALSTON, R. GOODMAN, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 3° ed., Oxford, 2007.

impeto proprio nella volontà di evitare il ripetersi delle condizioni che hanno condotto alla seconda guerra mondiale. Sarebbe tra l'altro da rinvenire in queste origini storiche la ragione per cui tali strumenti normativi si sono dimostrati poco efficaci nel tutelare realmente l'“extreme speech”, soprattutto ove associato con ideologie di estrema destra⁸⁷⁵.

Il disgusto e l'angoscia esistenziale scaturiti dalla “totale perdita di fiducia nella razionalità e nella moralità dell'essere umano”⁸⁷⁶ giocherebbero dunque un ruolo nella legittimazione degli attuali ordinamenti, rifondati nell'intento di scongiurare in futuro il ripetersi di simili tragedie; per questo, la verità storica che così tenacemente viene protetta e riconosciuta assolve il ruolo di *fondamento del sistema*, da difendere contro una sua erosione che non potrebbe non sfociare nella destabilizzazione degli attuali assetti politico-sociali. Alla luce di ciò, si comprende come il discorso negazionista scuota le basi “[del]l'universo etico-politico sorto dopo la seconda guerra mondiale”, logorando quel “*patto etico*” rappresentato dal rifiuto incondizionato degli orrori nazisti; esso “attacca dunque il momento costituente della democrazia, molto più che i suoi aspetti costituiti”⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ I. HARE, *Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards*, cit., p. 76.

⁸⁷⁶ A. BURATTI, *L'affaire Garaudy*, cit., p. 2247.

⁸⁷⁷ Citazioni da E. FRONZA, *Il reato di negazionismo*, cit., p. 53. D'altra parte, nemmeno il nostro ordinamento è estraneo a queste logiche di tutela del suo momento costituente, come nota anche G. BRAGA, *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione*, cit., p. 109. Oltre alla XII disposizione finale della Costituzione che vieta, ripudiandone i valori e l'esperienza, la ricostituzione del disciolto partito fascista, si osservi che la legge 20 giugno 1952, n. 645, c.d. legge Scelba, definisce la condotta di riorganizzazione del partito fascista come quella che persegue finalità antidemocratiche “denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza” (corsivo aggiunto). L'art. 9 (*Pubblicazioni sull'attività antidemocratica del fascismo*), inoltre, prevede il bando di concorsi a premi per la compilazione di cronache dell'azione fascista “allo scopo di far conoscere in forma obiettiva ai cittadini e particolarmente ai giovani delle scuole, per i quali dovranno compiliarsi apposite pubblicazioni da adottare per l'insegnamento, l'attività antidemocratica del fascismo”. Osserva inoltre A. MANETTI, in A. PACE, M. MANETTI, *sub art. 21 – La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., pp. 291-292, che la XII disposizione finale della Costituzione è stata esplicitamente o implicitamente utilizzata dalla

Del ruolo giocato dal negazionismo sembra essere pienamente consapevole anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, visto che in quasi tutte le decisioni sul tema ribadisce che tali manifestazioni del pensiero “vanno contro una delle *idee fondanti* della Convenzione, che trova espressione nel suo preambolo, vale a dire la giustizia e la pace”⁸⁷⁸. Come osserva Andrea Buratti, prendendo spunto dall'insieme dei casi in cui i giudici di Strasburgo si sono dovuti confrontare con circostanze storiche cruciali nel passato di un paese:

Che sia la storia degli orrori della seconda guerra mondiale, o la storia del riscatto dagli integralismi religiosi, o la storia della transizione dai regimi comunisti, la Corte protegge determinate narrazioni storiche selezionate quali tradizioni e fondamenti dell'ordine democratico. Nella visione della Corte, la storia è spesso un luogo privato all'esercizio delle libertà pubbliche, in alcuni casi perfino un terreno sacrale, non calpestabile, la cui critica si risolve in abuso⁸⁷⁹.

I principi e i fatti affermati a Norimberga rappresenterebbero insomma il fondamento di un *nuovo ordine mondiale*⁸⁸⁰ e, da questo punto di vista, le condotte negazioniste non possono che essere “intrinsecamente incompatibili con la Convenzione”⁸⁸¹, che sin dal suo preambolo esprime la propria finalità di evitare il futuro ripetersi di quegli avvenimenti – i crimini nazisti – che

giurisprudenza per convalidare restrizioni penali alla libertà di manifestazione del pensiero “in assenza di ogni indagine sull'idoneità dell'incitamento a conseguire effetti concreti”, e quindi sotto forma di reati di mera condotta e di pericolo astratto.

⁸⁷⁸ *Remer v. Germany*, (dec.), cit., (the law), par. 1. Per maggiori riferimenti, v. *supra*, §§ III.3 ss.

⁸⁷⁹ A. BURATTI, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 18.

⁸⁸⁰ M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, cit., p. 44. Colloca il processo di Norimberga nell'ambito di una “esemplare e spettacolare politica della punizione” che ha contribuito a “sancire e legittimare la nascita di un nuovo ordine internazionale”, L. BALDISSARA, *Giudizio e castigo. La brutalizzazione della guerra e le contraddizioni della “giustizia politica”*, in L. BALDISSARA, P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire: i processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, Napoli, 2005, pp. 8 s. e *passim*.

⁸⁸¹ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 220.

hanno costituito la spinta principale per la sua adozione⁸⁸². Pare emergere allora un concetto di “*ordine pubblico ideale della comunità internazionale*”⁸⁸³ che la Corte sembra difendere più ancora dei principi di libertà proclamati dalla CEDU, servendosi di uno strumento che perfettamente si inquadra nella logica ora descritta: l’art. 17 sull’abuso del diritto.

Nel corso dell’indagine intorno alla giurisprudenza degli organi di Strasburgo sul negazionismo, è stato messo in risalto come questa clausola di salvaguardia sia stata interpretata in un modo che la sgancia dalla mera tutela delle condizioni materiali dell’esistenza democratica – la conservazione della pace sociale⁸⁸⁴ –. La Corte ha cioè applicato la clausola sull’abuso del diritto non solo (e non tanto) quando sul sistema democratico incombessero minacce di tipo fisico-materiale, quanto piuttosto nei casi in cui i ricorrenti avessero esposto opinioni riconducibili ad una *Weltanschauung* incompatibile con gli ideali di tolleranza di cui i giudici di Strasburgo si dichiarano custodi. In sostanza, la Corte ha ritenuto che la democrazia poggi non solo su presupposti materiali, ma anche su un *nucleo assiologico fondamentale*, da difendere in quanto coesistente alla costruzione convenzionale. Si tratta, come già più volte osservato, dell’adesione ad una concezione di ordine pubblico in termini *ideali*⁸⁸⁵. La sua tutela attraverso lo strumento penale, tuttavia, se lecita in una

⁸⁸² V., altresì, C. CARUSO, *Ai confini dell'abuso del diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale*, cit., p. 351, che stabilisce una connessione tra la “particolare sensibilità” della Corte EDU verso le manifestazioni di intolleranza e le origini storiche di questa istituzione, “sorta come risposta al dominio in Europa del nazi-fascismo”.

⁸⁸³ A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., p. XXVII (corsivo aggiunto).

⁸⁸⁴ V. *supra*, §§ III.7.2.4 e III.8.2.

⁸⁸⁵ La dottrina distingue tra l’ordine pubblico materiale (o empirico), identificato nella sicurezza e tranquillità pubblica, e l’ordine pubblico ideale (o normativo), che esprime invece l’insieme di norme e principi legali immanenti all’ordinamento e ritenuti indispensabili per la sua sopravvivenza. Ne ritengono accettabile solo la prima accezione, tra gli altri, A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, vol. XXXIV, 1963, pp. 111 ss.; L. PALADIN, voce *Ordine pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, pp. 30 ss.; G. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 1152 ss.; ID., *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di*

democrazia protetta, in linea di principio dovrebbe ritenersi esclusa in quegli ordinamenti che non adottano tale modello costituzionale⁸⁸⁶, ma promettono piuttosto fedeltà ad altri principi – più liberali – tra cui quelli penalistici di materialità ed offensività⁸⁸⁷.

pensiero, in G. BETTIOL *et al.*, *Legge penale*, cit., pp. 90, 101; G. BOGNETTI, *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 1433 ss.; E. GALLO, E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, p. 94; M. MANETTI, in A. PACE, M. MANETTI, *sub art. 21 – La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit., pp. 235 ss. Cfr., tuttavia, lo studio di G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., *passim*, in cui l'Autore mette in dubbio la capacità dello stesso concetto di ordine pubblico materiale di ricondurre a legittimità costituzionale i reati di cui esso costituisce l'oggetto di tutela, a causa di una eccessiva contiguità tra quest'ultimo e la *ratio* dell'incriminazione; dubita della tenuta dell'ordine pubblico materiale anche G. INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, in *Crit. dir.*, 2003, p. 19. V., altresì, tra i molti contributi sul tema, C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 1967, pp. 367 ss.; G. CORSO, voce *Ordine pubblico (Diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, pp. 1060 ss.; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 191 ss.; A. CERRI, voce *Ordine pubblico (Diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1990; P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano, 1983; più di recente, F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, pp. 25 ss.

⁸⁸⁶ Cfr. *Tribunal Constitucional de España*, caso *Varela*, cit., par. 4-5, in cui i giudici costituzionali hanno precisato che, non essendo l'ordinamento spagnolo una democrazia militante, i diritti fondamentali non possono essere limitati in ragione della finalità anticostituzionale della condotta. La libertà di espressione, in particolare, non può essere soggetta a restrizioni per il solo fatto che le idee esternate sono incompatibili con l'essenza stessa della Costituzione, a meno che non ledano o pongano in pericolo beni di rilevanza costituzionale. Per questo viene sottolineata la differenza con il sistema CEDU, la cui norma sull'abuso del diritto – l'art. 17 – utilizzata a Strasburgo per tracciare la frontiera esterna alla libertà di parola, non ha paragoni nell'ordinamento interno spagnolo.

⁸⁸⁷ Sul principio di offensività nel diritto penale v., *ex plurimis*, M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, in A. CADOPPI (a cura di), *Offensività e colpevolezza: verso un codice penale modello per l'Europa*, Padova, 2002, pp. 109 ss.; F.C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 350 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo: scritti degli allievi*, Torino, 2004, pp. 89 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in*

Anche l'Unione europea ha dimostrato di prestare particolare attenzione alla protezione di questi *core values*, se è vero che, oltre ad aver fatto della lotta al razzismo e alla xenofobia uno dei suoi capisaldi⁸⁸⁸, ha affermato nell'esaminata Decisione quadro che questi fenomeni "costituiscono violazioni dirette dei principi di libertà, di democrazia, di rispetto dei diritti dell'uomo [...], *principi sui quali l'Unione europea è fondata* e che sono comuni agli Stati membri"⁸⁸⁹.

Questi rilievi sul valore dell'Olocausto spiegano anche le diverse sensibilità dimostrate dai vari paesi intorno alla tematica del negazionismo: tanto più la loro base di legittimazione può rintracciarsi nel ripudio delle atrocità naziste, quanto più avvertita sarà l'esigenza di criminalizzare le condotte che la mettono in discussione. Per questo l'Europa – e in modo particolare, non a caso, la Germania – si erge come difensore privilegiato dell'intangibilità di quella verità storica, di quel patto etico, di quel nocciolo valoriale, mentre altri Stati non coinvolti direttamente nel conflitto appaiono meno sensibili⁸⁹⁰. In

memoria di Ugo Pioletti, Milano, 1982, pp. 617 ss.; E. DOLCINI, *Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine Millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, Torino, 1998, pp. 211 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nello Schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 310 ss.; G. FIANDACA, *Nessun reato senza offesa*, in G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, pp. 151 ss.; M. CATENACCI, voce *Offensività del reato*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, pp. 3902 ss. Per ulteriori riferimenti, v. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

⁸⁸⁸ V. *supra*, §§ II.4 e II.5.

⁸⁸⁹ Considerando 1 (corsivo aggiunto).

⁸⁹⁰ Così anche E. FRONZA, *The Criminal Protection of Memory*, cit., p. 179, nota 66; I. HARE, *Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards*, in I. HARE-J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech*, cit., spec. p. 76. Nello stesso senso, in riferimento alla realtà del Regno Unito, J. COOPER, *Hate speech, Holocaust denial and international human rights law*, in *European Human Rights Law Review*, 1999, p. 611 s. Anche Angela Merkel, in un'intervista a *La Stampa*, 26 gennaio 2007, ha affermato che la negazione, anche pura e semplice, dell'Olocausto andrebbe sanzionata "qui in Europa, dove

questo quadro, ben si comprende la diffidenza e l'opposizione manifestata dai paesi scandinavi in seno al Consiglio dell'Unione europea al momento dell'adozione della Decisione quadro sul negazionismo: la restrizione alla libertà di espressione non sarebbe stata giustificata da alcun comparabile pericolo per l'evento che costituisce il loro "temporal landmark" e che funge perciò da momento costitutivo nella memoria collettiva della nazione⁸⁹¹.

La *Shoa* non può dunque essere considerata un genocidio come gli altri e gode indubbiamente di un rilievo privilegiato rispetto a tragedie di analogo carattere atroce e massivo⁸⁹², venendo a rappresentare, mutuando parole riferite ad altri fenomeni, un "fattore di unità morale"⁸⁹³.

3. Dalla negazione dell'Olocausto a quella di tutti i crimini internazionali: nuovi orizzonti esplicativi

Nel paragrafo precedente si è tentato di rintracciare le ragioni alla base dell'introduzione del reato di negazionismo richiamando il tragico passato di alcuni paesi europei. Alla luce degli sviluppi che hanno nel frattempo

la distruzione fu effettuata, e in particolare negli Stati che di tale distruzione furono agenti attivi".

⁸⁹¹ Il concetto virgolettato si deve al primo sociologo ad occuparsi della costruzione sociale della memoria collettiva: M. HALBWACHS, *The Collective Memory* (1950), New York, 1980, p. 77. La discussione sul momento costitutivo di una certo consenso sociale ha sollevato un ampio dibattito anche in Australia: cfr. L. MCNAMARA, *History, Memory and Judgment: Holocaust denial, The History Wars and Law's Problems with the Past*, in *Sydney Law Review*, 2004, pp. 352 ss., che offre un'analisi delle "guerre di memoria" che dividono l'Australia, dove opposte interpretazioni sulla natura della colonizzazione inglese del XVIII secolo e sul trattamento riservato agli Aborigeni influiscono sulla "base morale" dell'attuale società australiana.

⁸⁹² La memoria dell'Olocausto è stata anche al centro dell'attenzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che vi ha dedicato due Risoluzioni: una, sull'istituzione del giorno della memoria, approvata il 21 novembre 2005, A/RES/60/7; l'altra, che sollecita tutti gli Stati membri a rigettarne senza riserva ogni negazione, in tutto o in parte, come evento storico, adottata *per consensus* il 26 gennaio 2007, A/RES/61/L.53.

⁸⁹³ Espressione tratta da C. cost., 18 ottobre 1995, n. 440, (in diritto), par. 3.1, in cui era riferita alla religione cattolica quale religione di Stato.

riguardato questo illecito, però, questo schema esplicativo non appare più pienamente appagante.

Si è visto come attualmente si riscontri una tendenza ad espandere i confini di questa fattispecie – ad allargare la sua “base imponibile” – ad un nutrito gruppo di eventi storici che va ben oltre l’Olocausto e gli altri crimini commessi nel corso della seconda guerra mondiale. Questo sviluppo dell’area operativa del reato ha avuto un impatto anche sulla logica sottesa alle dinamiche di incriminazione oggi in voga, generando un vero e proprio mutamento di paradigma, che emerge con chiarezza nella più recente giurisprudenza di Strasburgo⁸⁹⁴.

La ragione originaria del trattamento speciale riservato dalla Corte EDU alla negazione dell’Olocausto risiedeva nel ripudio delle ideologie totalitarie, principalmente di stampo nazista, immediatamente connessa all’esperienza storica dalle cui ceneri è sorta la Convenzione. Si trattava, in sostanza, di garantire l’integrità delle fondamenta anti-naziste della costruzione europea del dopoguerra. Nel frattempo, l’eccezionale regime di protezione un tempo assicurato al solo Olocausto è stato esteso a tutti i crimini internazionali, la cui negazione è stata dichiarata essere in antitesi con i valori fondamentali della CEDU.

La *ratio* di questo sviluppo giurisprudenziale si discosta chiaramente dall’originaria matrice esplicativa; la nuova posizione della Corte, confermata con chiarezza nel caso *Janowiec*, va anzitutto contestualizzata tenendo conto di altri fattori. Da una parte – non lo si può trascurare – ha giocato un ruolo di rilievo la crescente attenzione, a livello internazionale, per i diritti delle vittime⁸⁹⁵. Dall’altra, la memoria ed il riconoscimento delle violazioni subite

⁸⁹⁴ V. *supra*, § III.11.

⁸⁹⁵ V., ad esempio, D. TRUCHET, *À propos du droit à l’oubli et du devoir de mémoire*, in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruxelles, 2004, p. 1601 (con riferimento allo sviluppo del “dovere di memoria”); G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit., p. 84 (che parla di un “paradigma vittimario”, affermatosi in Italia e, più nel complesso, in Europa, che sarebbe alla base dell’esplosione delle leggi sulla memoria; memoria che fornirebbe linfa alla “religione civile” di un paese – nel senso laico dei legami sociali che tengono unita una comunità –, costituendo le fondamenta identitarie comuni (*ibidem*, pp. 21 ss.). Per un ventaglio di opinioni su questa

dalle vittime sono assurti ad elementi essenziali di quella “full reparation” loro dovuta in base a principi internazionali sempre più consolidati⁸⁹⁶. Si è fatto inoltre impellente, in un contesto sociale sempre meno compatto, il bisogno di forgiare un’identità europea che poggi su valori condivisi⁸⁹⁷.

tendenza a dare centralità alle vittime cfr., *inter alia*, J.-M.S. SANCHEZ, *Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”*, in *Derecho en sociedad*, n. 1/2011, pp. 37-53; R. LETSCHERT, J. VAN DIJK (a cura di), *The new faces of victimhood: globalization, transnational crimes and victim rights*, Dordrecht, 2011; H. OLÁSOLO, P. GALAIN, *La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas*, in AA.VV., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlino-Montevideo, 2010, pp. 379-426; C. MCCARTHY, *Victim Redress and International Criminal Justice: Competing Paradigms, or Compatible Forms of Justice?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2012, pp. 351-372; C. FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *International Law of Victims*, Dordrecht, 2012; T.M. ANTKOWLAK, *An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice*, in *Stanford Journal of International Law*, 2011, pp. 279-332; G. FORNASARI, E. FRONZA, *Le antinomie tra diritto penale interno e diritto penale internazionale nella tutela dei diritti umani. Alcune osservazioni dal punto di vista del penalista italiano*, in G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani: materiali dal laboratorio dell’America Latina*, Trento, 2011, pp. 1-31 (che parlano di una tendenza mondiale al recupero dei diritti delle vittime, criticandone il modo in cui questa finisce con il limitare i diritti dell’imputato); E. MALARINO, *Attivismo giudiziario, punitivismo e sovranazionalizzazione*, in G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani*, cit., pp. 33-77, spec. pp. 55-59. Sulla riscoperta delle vittime e le conseguenti implicazioni per il diritto penale, v. W. HASSEMER, J.P. REEMTSMA, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, Monaco, 2002.

⁸⁹⁶ V. S. PINTON, *La rilevanza della memoria nella tutela internazionale dei diritti umani*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, Padova, 2006, pp. 23 ss.; S. HERENCIA CARRASCO, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, in AA.VV., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlino-Montevideo, 2011, pp. 381 ss.

⁸⁹⁷ Collega l’indebolimento dei legami sociali con il bisogno di fondare una nuova identità basata sul valore della Shoah, S. MEGHNAGI, *Introduzione*, in S. MEGHNAGI (a cura di), *Memoria della shoah: dopo i testimoni*, cit., pp. XIII ss.

Tra di essi, una posizione di primo piano va assegnata al rispetto dei diritti dell'uomo, dei quali la Corte si è fatta alfiere. Ecco allora che rinnegare lo speciale rango delle vittime di gravi abusi, mettendo in discussione le violazioni da esse patite, equivale a disconoscere il rispetto dovuto ai diritti fondamentali. In questo quadro il negazionismo non mina più (solo) le fondamenta anti-naziste degli ordinamenti del dopoguerra, bensì l'odierno *processo di "rifondazione"* basato sui valori della tolleranza e del rispetto dei diritti umani, in atto nell'ambito dei moderni sistemi politici in cui i tradizionali collanti della "nazione" e del "popolo" subiscono una lenta ma inesorabile erosione⁸⁹⁸. È questa l'autentica ragione per cui la Corte ha optato per l'applicazione a queste espressioni dell'abuso del diritto, disposizione che veicola lo stigma di una dichiarazione di contrarietà ed incompatibilità con i valori sottesi non solo alla CEDU ma, in effetti, a tutta l'architettura europea. Astenendoci dall'emettere un giudizio di merito sulla lodevolezza o meno della *raison d'être* di questo processo evolutivo, non ci si può esimere dal guardare con apprensione alle conseguenze che si proiettano sul sistema dello *ius puniendi*. Sembrerebbe in effetti proprio l'arma penale, data la "solennità" che gli è propria, lo strumento scelto per attribuire legittimazione e forza persuasiva al nuovo sistema valoriale. In questo modo, tuttavia, si rischia di comprimere oltremisura altre libertà fondamentali – prima tra tutte, quella di espressione – il cui esercizio pare essenziale per garantire quel pluralismo ideologico senza il quale non vi può essere autentica democrazia liberale. Non si scordi infatti che questo orientamento europeo non mira tanto a tutelare i diritti umani in quanto tali, bensì il *valore* da assegnare a tali diritti, e cioè

⁸⁹⁸ Cfr. M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale*, cit., p. 126, che identifica nella "necessità di esorcizzare i fantasmi del passato, e di ribadire una moralità pubblica fondata sull'eguaglianza" le ragioni sottese alle attuali discipline contro il razzismo adottate in Europa; G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit., *passim*, il quale ricollega il fenomeno delle "leggi di memoria" al declino dei tradizionali meccanismi di legittimazione del moderno Stato-nazione; W. BERGMANN, *Anti-Semitic Attitudes in Europe: A Comparative Perspective*, in *Journal of Social Issues*, 2008, pp. 343-362, che parte dalla constatazione della crisi delle identità nazionali nei paesi europei, per giungere fino a ritenerla la causa reale dell'antisemitismo.

un'*istanza di natura etica*⁸⁹⁹. Il che – si ripete, per quanto commendevoli possano essere le intenzioni sottese a questo sviluppo – implica la punibilità di espressioni che, indipendentemente da una valutazione di pericolosità per la tranquillità pubblica, si pongono in antitesi con il nucleo assiologico prescelto dall'ordinamento. Allora, traslando in ambito sovranazionale nozioni già acquisite dalla dottrina nostrana⁹⁰⁰, potremmo dire sinteticamente che la sanzione di tali discorsi riposa sulla loro contrarietà all'*ordine pubblico ideale europeo* in via di consolidamento. La prominente posizione assunta negli ultimi anni dalle vittime di gravi abusi è insomma entrata nel circuito della legittimazione politica, che l'ha sfruttata in chiave identitaria⁹⁰¹.

4. Dalla negazione dell'Olocausto a quella di tutti i crimini internazionali: rilievi critici

4.1. Negazionismo e diritto penale, storia e processo

I problemi sollevati dall'incriminazione della negazione dell'Olocausto sono oramai ben noti, grazie a studi già intrapresi e riflessioni in corso da anni nella dottrina penalistica italiana e non solo. Il nucleo duro degli argomenti contrari a questa scelta repressiva riprende i tipici rilievi mossi contro la categoria dei reati di opinione più in generale, pur presentando indubbi tratti di peculiarità. Un efficace riassunto di tali problematiche è stato offerto da Alfonso Di Giovine:

⁸⁹⁹ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 23, il quale identifica proprio nella "accentuazione, a livello globale, della *tutela dei diritti fondamentali*" un fattore di esaltazione del ruolo eticizzante del diritto penale, al quale viene assegnata la funzione di "promozione di valori etici irrinunciabili e [...] stigmatizzazione morale e simbolica delle condotte che, soprattutto a livello internazionale, li offendano".

⁹⁰⁰ V. *supra*, nota 787.

⁹⁰¹ V. V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 855, che fa riferimento al negazionismo come ad uno dei casi in cui "la pena può essere strumentalizzata a fini politici".

a) le norme che incriminano il negazionismo si presentano dubbie sotto il profilo della materialità e si rivelano carenti sul piano dell'offensività, apparendo quindi incompatibili con il diritto di uno Stato democratico; b) la tutela penale è collocata in un momento talmente arretrato rispetto al pericolo che è difficile ipotizzare la realizzazione di un evento lesivo, ma posto che il diritto penale non può curarsi delle ideologie se esse non si traducono in un inizio di attività esecutiva del tentativo di una lesione dei beni, occorre che i delitti di negazionismo siano strutturati almeno in chiave di pericolo concreto; c) con l'individuare l'ordine pubblico o la pace pubblica come beni offesi non solo si surroga l'assenza di un immediato referente di lesività, ma si utilizzano concetti non neutri, prodotto di valori ideologici; d) è difficile distinguere tra fatto e opinione, accertare la verità oggettiva, storica rispetto a quella legale; e) la lesione dell'onore è difficile da determinare nei confronti di una collettività dai confini indeterminati; f) quella antinegazionista è una tipica legislazione simbolica, strutturata in chiave amico/nemico, che persegue le persone e non i fatti, così aprendosi a un diritto penale soggettivo privo dell'elemento dell'offesa e allontanandosi dai principi di obbiettivizzazione, sussidiarietà, offensività, tipicità e materialità; g) si tratta di puri reati di opinione, di reati di pura condotta senza pericolo di evento⁹⁰².

A queste condivisibili osservazioni critiche, la dottrina aggiunge che portare i negazionisti in tribunale implica un malsano intreccio tra diritto e storia, in cui il giudice sarebbe costretto dalle necessità di accertamento processuale ad interferire con il lavoro dello storico, sottoponendone a processo i metodi ed i risultati, e rischiando così di tramutare la verità storica in verità ufficiale definitiva, ignorando il suo essere frutto di interpretazioni in incessante divenire⁹⁰³. Che un organo giudiziario si trovi a dover decidere

⁹⁰² A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., p. XXVI.

⁹⁰³ Per questi rilievi, v., per tutti, E. FRONZA, *Il reato di negazionismo*, pp. 47-49; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., pp. 241-242; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in ID. (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007, p. 17; ID., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi Marinucci*, cit., pp. 149-150. Su affinità e differenze tra giudice, storico ed i rispettivi statuti epistemologici, cfr. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 1939, pp. 105 ss., recensito da B. CROCE, in *La Critica*, cit., pp. 445 s.; G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Rivista di diritto processuale*, 1950, ora in ID., *Opere*, vol. V, Milano, 1959; G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, spec. pp. 128 s. Più di recente, M. BORRELLO, *Sul giudizio. Verità storica e verità giudiziaria*, Napoli, 2011; O. MARQUARD, A. MELLONI, *La storia che giudica, la storia che assolve*, cit.; C.

autoritativamente su questioni storiche, tra l'altro, non è un aspetto che viene in rilievo unicamente con il negazionismo, visto che profonde (ed altrettanto problematiche) relazioni tra diritto e storia possono instaurarsi anche in alcune cause (sia civili che penali) di diffamazione⁹⁰⁴, nelle dispute sui diritti terrieri

GINZBURG, *Il giudice e lo storico. Considerazioni a margine del processo Sofri*, Torino, 1991; B. EDELMAN, *L'office du juge et l'histoire*, in *Droit et société*, n. 38/1998, pp. 47 ss.; T. HOCHMANN, *Les limites à la liberté de l'historien en France et en Allemagne*, in *Droit et société*, n. 69-70, 2008, pp. 527 ss.; E. CARTIER, *Histoire et droit: rivalité ou complémentarité?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, pp. 509 ss.; J.P. LE CROM, J.C. MARTIN, *Vérité historique, vérité judiciaire*, in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 1995, pp. 196 ss.; J.-C. MARTIN, *La démarche historique face à la vérité judiciaire. Juges et historiens*, in *Droit et société*, 1998, pp. 13-20; M. FESTA, *Applying a Usable Past: The Use of History in Law*, in *Seton Hall Law Review*, 2008, pp. 479 ss.; M. STOLLEIS, *Der Historiker als Richter – der Richter als Historiker*, in N. FREI, D. VAN LAAK, M. STOLLEIS (a cura di), *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, Monaco, 2000, pp. 173 ss.

⁹⁰⁴ Cfr. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Judicial 'truth' and historical 'truth': the case of the Ardeatine Quarries massacre*, in corso di pubblicazione in *Law & History Review*, 2013, i quali ripercorrono le tappe di un fenomeno meritevole di ulteriore analisi, cioè le interazioni tra accertamento processuale ed indagine storica sottese ai processi per diffamazione promossi dai protagonisti di eventi salienti del passato che si sentono offesi da ricostruzioni a loro avviso inesatte e denigratorie. Gli Autori distinguono tra cause vertenti sui *fatti* commessi, da quelle centrate sulla successiva *narrazione* di tali cruciali avvenimenti, entro cui si collocano quelle di diffamazione. In Italia questo tipo di *litigation* risulta essere particolarmente cospicuo, visto che vi ha fatto ricorso qualche decina di partigiani, membri di partiti politici coinvolti nella liberazione, soldati, nonché fascisti e collaborazionisti, per rivendicare l'esattezza della loro versione dei fatti, in contrasto con quella propugnata dall'imputato/convenuto. V., altresì, G. TUCCI, *La diffamazione dei partigiani: il caso Bentivegna*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare*, cit., pp. 317 ss. Per un recente esempio di intersezione tra storia e processo penale nell'ambito di una causa di diffamazione v., Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2010, n. 19449, con nota di S. BARBARO, *Diffamazione, verità giudiziaria e verità storica in una recente sentenza della Cassazione*, in *Riv. inf. e informatica*, 2010, pp. 880 ss., in cui i supremi giudici esaminano svariate circostanze storiche per pronunciarsi sulla correttezza dell'accostamento tra fascismo e nazismo.

delle popolazioni indigene⁹⁰⁵, nonché nei processi per crimini internazionali⁹⁰⁶.

⁹⁰⁵ Si parla, più precisamente, di *Aboriginal title* (detto anche *native title* o *original Indian title*) per riferirsi a quei diritti, specialmente terrieri, che vengono riconosciuti alle popolazioni indigene in quanto non intaccati dalla sopravvenuta assunzione di sovranità da parte dei colonizzatori europei. Questo tipo di procedimenti si sono sviluppati soprattutto in Australia, Stati Uniti, Nuova Zelanda e Canada, dove i diritti delle popolazioni native sono stati l'oggetto di numerosi processi, nei quali si è dovuto giocoforza fare i conti con il passato coloniale alla base della civilizzazione odierna. V., ad esempio, in Australia, il fondamentale caso *Mabo v. Queensland (No. 2)*, (1992) 175 CLR 1, e i casi *Wik Peoples v. Queensland*, *Thayorre People v. Queensland*, (1996) 187 CLR 1, e *Members of the Yorta Aboriginal Community v. Victoria*, (2002) 194 ALR 538; in Canada, *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 SCR 1010.

⁹⁰⁶ A livello interno, si ricordino ad esempio i processi ad elevata valenza storica e simbolica contro Maurice Papon e Klaus Barbie in Francia, contro Adolf Eichmann in Israele e lo *zweite Auschwitz-Prozess* in Germania; cfr. su quest'ultimo procedimento G. WERLE, T. WANDRES, *Auschwitz vor Gericht: Völkermord und bundesdeutsche Strafrecht: mit einer Dokumentation des Auschwitz-Urteils*, Monaco, 1995; e sul contesto culturale e mnemonico in cui venivano giudicati i criminali di guerra francesi, H. ROUSSO, *Le syndrome de Vichy*, Parigi, 1987. A livello di giustizia internazionale è la natura stessa degli eventi in corso di accertamento davanti alla corte – il loro, per così dire, carattere intrinsecamente “storico” – che conduce inevitabilmente il giudice a pronunciarsi su argomenti di portata storica; cfr., sul tema, F. GAYNOR, *Uneasy Partners – Evidence, Truth and History in International Trials*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012, pp. 1257-1275; R.A. WILSON, *Writing History in International Criminal Trials*, Cambridge-New York, 2011, che pur essendo d'accordo sull'inestricabilità di giustizia internazionale ed accertamento storico, avverte come occorra prestare attenzione a non generalizzare, in quanto alcuni processi – ad esempio, quelli in cui occorre accertare il dolo specifico richiesto dai crimini di genocidio e persecuzione – si prestano più di altri all'indagine storica. V., altresì, M. DAMAŠKA, *What is the Point of International Criminal Justice?*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2008, spec. pp. 335-338 (che elenca varie ragioni per cui le corti sarebbero inadatte a contribuire correttamente alla ricerca storica). Assegnano a questo tipo di processi anche una “funzione didattico-pedagogica”, L. DOUGLAS, *The Memory of Judgment*, cit., *passim* (che analizza i processi a carico dei gerarchi nazisti a Norimberga e i casi *Eichmann* e *Zündel*); M.J. OSIEL, *Politica della punizione, memoria collettiva e diritto internazionale*, in L. BALDISSARA, P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire: i processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, Napoli, 2005, pp. 105 ss., il quale ritiene legittimo che i processi penali, nelle fasi di transizione politico-

Non rientra tra gli scopi di questo paragrafo analizzare compiutamente queste controverse relazioni tra diritto e storia, alle quali si è voluto solo accennare per ragioni di completezza, fornendo qualche indicazione bibliografica di approfondimento. Si intende a questo proposito solo osservare che dal fenomeno dei processi per negazionismo – in cui la legge mira a custodire (e riaffermare) una verità storica già adeguatamente acclarata – si deve distinguere quello in cui vari meccanismi legali, dal procedimento giudiziario alle commissioni di verità e riconciliazione⁹⁰⁷, rendono accessibili agli storici alcune fonti di conoscenza utili per investigare su un evento del passato non ancora pienamente delucidato^{908 909}.

sociale, vengano sfruttati come “rappresentazioni di dimensioni spettacolari”, “spettacoli pubblici di successo”, volti ad “influenzare la memoria collettiva” sì da contribuire ad inculcare i principi della “moralità liberale” e della “solidarietà sociale”. Più in generale sul ruolo della memoria nello spazio pubblico, v. *supra*, nota 88.

⁹⁰⁷ Per uno studio sulla *Truth and Reconciliation Commission* istituita in Sudafrica v., ad esempio, A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, cit.; A. BORAINÉ, *A Country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford, 2000; K. CHRISTIE, *The South African Truth Commission*, New York, 2000.

⁹⁰⁸ Cfr. M. SHAHABUDEEN, *Teething Phase of the ECCC*, in *Chinese Journal of International Law*, 2011, p. 479, il quale, dopo aver affermato che l'indagine su elementi di mero background storico non rientra tra i compiti delle corti penali internazionali, precisa che: “Although it is not the business of the courts to write history, it is part of their functions to leave in good shape the raw materials in the cases before them”. A tale riguardo, l'Autore conclude sostenendo che questi organi giudiziari “may indeed be said to be occupied with history, though not preoccupied with it”.

⁹⁰⁹ I processi per i reati di negazionismo vanno altresì distinti da quelli che, collocati nell'ambito della c.d. giustizia di transizione, assumono un ruolo di “rifondazione” dell'ordine socio-politico, rappresentando uno (spettacolare) momento di rottura con il passato regime. Su questo tema v. O. MARQUARD, A. MELLONI, *La storia che giudica, la storia che assolve*, cit.; e gli scritti in L. BALDISSARA, P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire*, cit.; e in ID. (a cura di), *Crimini e memorie di guerra. Violenze contro le popolazioni e politiche del ricordo*, Napoli, 2004). Processi, questi, che, come osserva M. DONINI, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia*, cit., pp. 183 ss., si inseriscono in un arco temporale per sua natura temporaneo e nel quale non si ha a che fare con un diritto penale “normale”; v. ad esempio per simili spunti, riferiti al periodo di transizione vissuto in Italia – “tra due legalità interrotte” – dal 1944 al 1946.

In quest'ultima chiave, ad esempio, sono da interpretare i recenti processi per i massacri nazisti di Marzabotto e di Sant'Anna di Stazzema⁹¹⁰ i quali, più che cristallizzare una narrazione già consolidata, hanno assicurato alla ricerca accademica nuovi materiali documentari e testimoniali altrimenti difficilmente recuperabili. In luogo di un *punto d'arrivo* incontestabile, tali procedimenti giudiziari sembrano piuttosto costituire un *punto d'inizio* per futuri approfondimenti storici. Certo, come sottolineato anche dal Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia, la finalità del processo – che non è quella di creare un accurato e rappresentativo “historical record” – non può consentire l'accesso a circostanze che non siano rilevanti per l'accertamento della responsabilità degli imputati⁹¹¹. Piuttosto, come affermato dal Tribunale penale ibrido in Cambogia, il procedimento giudiziario è capace di offrire – in guisa di *esternalità positiva* – “documentary support to the progressive quest for historical truth”, promuovendo in tal modo una discussione pubblica

⁹¹⁰ Per la strage di Sant'Anna di Stazzema, v. Tribunale militare di La Spezia, 22 giugno 2005, n. 45, in http://www.santannadistazzema.org/immagini/Sentenza_Stazzema.pdf, confermata da Cass. pen., sez. I, 8 novembre 2007, n. 4060/08, in *Foro it.*, 2008, II, pp. 456 ss., con nota di D. MALTESE; per quella di Marzabotto, v. Tribunale militare di La Spezia, sent. 13 gennaio 2007, in <http://www.eccidiomarzabotto.com/docs/sentenzaprimo gradomarzabotto.doc>; Corte militare d'Appello di Roma, 7 maggio 2008, in <http://www.eccidiomarzabotto.com/docs/sentenza7maggio2008.pdf> (ultimo accesso, per tutti: 30 aprile 2013).

⁹¹¹ ICTY, *Stanišić and Simatović*, IT-03-69-PT, *Decision Pursuant to Rule 73bis(D)*, TC, 4 febbraio 2008, par. 21 (in risposta alla richiesta del procuratore di tener conto, nella ridefinizione dell'imputazione a seguito della morte di Slobodan Milošević, dell'esigenza di creare un accurato resoconto storico dei fatti, il Tribunale ha così deliberato: “the Tribunal was establish to administer justice, and not to create a historical record”). Cfr. O. KWON, *The Challenge of an International Criminal Trial as Seen from the Bench*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 373, in cui l'ex giudice osserva come la frequente estensione dei capi d'imputazione nell'ambito dei procedimenti di fronte ai tribunali penali internazionali sia da ricollegare alla pressione delle organizzazioni non governative, degli altri gruppi in difesa delle vittime e del pubblico in generale che considerano rientrare tra gli scopi di queste istituzioni giudiziarie anche quello di predisporre un resoconto storico completo. A suo parere, tuttavia, il ruolo primario dei giudici deve rimanere quello di accertare, nel modo più equo e celere, la responsabilità penale dell'imputato – una funzione che deve avere precedenza rispetto a considerazioni extra-giuridiche –.

genuina sul passato fondata su una base fattuale solida, riducendo lo spazio per distorsioni e negazionismi^{912 913}.

4.2. Lo *slippery slope effect*

Questi due aspetti, riguardanti il negazionismo come reato di opinione e l'interferenza giudiziaria nella ricerca storica, sono dunque già stati oggetto di feconde indagini da parte della dottrina. Pur condividendo il giudizio sulla loro problematicità, la nostra tesi è che il maggiore profilo di criticità sollevato dal reato qui in esame sia rappresentato dallo *slippery slope effect* che la sua introduzione inevitabilmente innesca, e che trova riscontro nella citata Decisione quadro dell'UE e nella pertinente giurisprudenza della Corte EDU.

La punizione del negazionismo ha origine, limitata al solo Olocausto, in paesi che sentono un particolare *obbligo morale*⁹¹⁴, connesso alla propria esperienza storica, di fronteggiare un persistente fenomeno di antisemitismo. In questi contesti, come già osservato, l'esigenza di tutelare un certo gruppo etnico o religioso si affianca a quella di custodire quel patto etico posto alla base di molti sistemi politici europei.

Essendo pacifico che la verità storica non è un bene legittimamente tutelabile mediante il diritto penale⁹¹⁵, il divieto di negazionismo viene giustificato

⁹¹² ECCC, Case 001, F28, *Appeal Judgement*, Supreme Court Chamber, 3 febbraio 2012, par. 708. Per una presentazione di questo peculiare tribunale penale ibrido, istituito nel 2006 da un accordo tra le Nazioni Unite ed il Governo cambogiano per la persecuzione degli ex leader dei Khmer Rossi, v., anche per qualche riferimento bibliografico di base, P. LOBBA, *Ai confini della giustizia penale internazionale: i Khmer Rossi a processo davanti alle "Extraordinary Chambers" di Cambogia*, in *Ind. pen.*, 2012, pp. 607-646.

⁹¹³ Nello stesso senso, R.A. WILSON, *Writing History in International Criminal Trials*, cit., p. 220.

⁹¹⁴ Di particolare responsabilità *morale* nei confronti degli ebrei viventi in Germania parla la Corte federale tedesca in BGH, 18 settembre 1979, in *BGHZ*, vol. 75, pp. 160-162 e quella costituzionale in BVerfGE, 13 aprile 1994, caso *Auschwitzlüge*, cit.

⁹¹⁵ Escludono che la memoria o la verità storica siano un bene tutelabile penalmente, M. DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 1588; C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen?*, cit., pp. 730 s.; M. ROMANO, *Principio di*

attraverso una *presunzione*⁹¹⁶. La mera negazione o minimizzazione dell'Olocausto, cioè, sottendendo *sempre* una “macchinazione ebraica” sulla sua narrativa ufficiale⁹¹⁷, sarebbe in sé dotata di portata offensiva, senza bisogno di accertare altre circostanze. La legittimità di tale incriminazione verrebbe così a poggiare sull'esigenza di proteggere la *dignità umana* del gruppo-vittima e dei suoi membri.

Da allora, tuttavia, l'ambito di applicazione dell'illecito si è dilatato in modo significativo, rendendo non più sostenibili le ragioni giustificatrici che originariamente facevano da contrappeso alle forti perplessità espresse dalla dottrina⁹¹⁸. Da un lato, lo sviluppo delle comunicazioni attraverso internet ha rafforzato l'interesse degli Stati dove il negazionismo è punito ad adoperarsi per estendere il divieto fuori dalle loro frontiere. Dall'altro, anche altri gruppi-vittima – non disposti ad accettare un trattamento differenziato delle proprie sofferenze, nonché consci del riconoscimento capace di sgorgare da una norma penale *ad hoc*⁹¹⁹ – hanno fatto pressioni per poter godere di una

laicità dello stato, cit., p. 501, il quale ritiene illegittime “norme che ostacolino le forme anche più arbitrarie di ricostruzioni storiche di vicende o episodi del passato recente o remoto”; D. PULITANÒ, *Sulla legittimità dei reati d'opinione nella proposta Mastella*, cit., p. 374, che afferma che “[l]’impegno di verità ha bisogno di libertà”. Nello stesso senso, E. FRONZA, *Il reato di negazionismo*, cit., pp. 51 s.; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 782 s.

⁹¹⁶ Così anche W. BRUGGER, *Ban On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law*, cit., p. 17: “The real reason for the German criminalization of even simple Holocaust denial is that nearly every politician in Germany and all courts up to the Federal Constitutional Court assume that such denial constitutes group defamation and incitement to hatred”. L'Autore si sofferma anche a criticare le ragioni addotte dal *Bunderverfassungsgericht* nella celebre sentenza del 1994 sul caso *Auschwitzlüge*, cit.

⁹¹⁷ Sulla connessione tra tesi negazioniste e antisemitismo v., ad esempio, V. PISANTY, *L'irritante questione delle camere a gas. La logica del negazionismo*, cit.

⁹¹⁸ V. *supra*, § IV.4.1.

⁹¹⁹ Cfr. le osservazioni di C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, spec. pp. 880-884, sulla capacità dei *moral entrepreneurs* di promuovere processi di criminalizzazione, mossi dall'obiettivo di ottenere, attraverso lo strumento penale, il riconoscimento della loro “specifica identità sociale o culturale”. Per lo specifico oggetto delle richieste di pena provenienti dai gruppi-vittima cui nel testo si è fatto

disposizione che, proibendo la messa in discussione dei crimini subiti, li elevi a verità incontestabili ed esalti così il senso di identità ed appartenenza dei membri di tale gruppo⁹²⁰.

A ciò si aggiunge l'imbarazzo degli Stati, soprattutto al di fuori della Germania, nel sentirsi accusare di adottare un *double-standard* – non confacente al dichiarato imperativo laico di *equidistanza* – privilegiando gli ebrei rispetto ad altri gruppi-vittima e discriminando in tal modo tra diverse sofferenze umane. Inoltre, il costo politico dell'intervento – rappresentato dall'opposizione di alcuni gruppi di accademici, soprattutto di storici – non sempre è riuscito a prevalere sui benefici in termini di immagine che discendono dal mostrare un atteggiamento intransigente contro le manifestazioni di razzismo, e su quelli consistenti nell'accattivarsi le simpatie elettorali dei gruppi-vittima interessati dal nuovo intervento legislativo⁹²¹.

Tutte queste ragioni hanno facilitato una progressiva espansione dei confini del reato di negazionismo. Così facendo, però, i legislatori hanno imboccato una “pendenza scivolosa” (*slippery slope*) in cui risulta arduo arrestare la corsa⁹²². Dalla protezione dell'Olocausto – che, al di là di un giudizio di

riferimento, comunque, nonché per la difficoltà di escludere totalmente che essi non risultino offesi dalle condotte negazioniste, non sembra possibile una sovrapposizione dei due ambiti concettuali, nonostante anche nel caso qui in esame la finalità principale perseguita dai gruppi non sia tanto la tutela di un bisogno – cioè l'effetto della norma –, bensì l'affermazione sociale attraverso la norma stessa.

⁹²⁰ G. DE LUNA, *La Repubblica del dolore*, cit., pp. 96-97, parla a tal riguardo di “competizione vittimaria”, in cui diversi gruppi di vittime si fronteggiano per ottenere “il riconoscimento a cui ambiscono”, esibendo “le proprie ferite e le proprie offese per sollecitare atti riparatori fondati sulla retorica del risarcimento e delle scuse”.

⁹²¹ Un recente esempio è fornito dalla legge approvata il 23 gennaio 2012 dal *Sénat* francese, in vista delle vicine elezioni presidenziali, per punire la contestazione e la minimizzazione grossolana del massacro subito dagli armeni, qualificato dalla legge come genocidio. La legge è stata fortemente voluta dal Presidente allora in carica Nicolas Sarkozy, candidato per la rielezione, nonostante un simile progetto fosse stato bocciato dallo stesso *Sénat* pochi anni prima. Il *Conseil constitutionnel* ha comunque dichiarato la legge incostituzionale (v. la citata *Décision*, n. 2012-647, *supra*, nota 245).

⁹²² Tale rischio è sottolineato, in relazione al negazionismo, anche da L. PECH, *The Law of Holocaust Denial*, cit., pp. 36 e 50 s.; E. STRADELLA, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti*, cit., pp. 262 ss., che fa riferimento all'eventualità che la

merito, trae legittimità da pregnanti ragioni storico-politiche⁹²³ – si è passati a quella dei genocidi in generale, poi a quella dei crimini contro l’umanità, fino alla copertura di tutti i crimini internazionali sancita dalla Decisione quadro. E ciò ancora non sembra sufficiente a soddisfare le molteplici domande di riconoscimento avanzate dalle vittime, visto che solo con difficoltà, ed offrendo un’apposita dichiarazione ufficiale annessa alla Decisione quadro⁹²⁴, si sono arginate le richieste di alcuni paesi dell’est europeo riguardanti i

regolamentazione in chiave anti-negazionista “possa trasformarsi in una rincorsa, tendenzialmente politica”; l’unico modo per limitare la protezione penale al solo Olocausto, a suo avviso, dipenderebbe dal riconoscimento o meno, in capo a tale evento storico, di un tratto di “unicità”. Lascia intendere di ritenerlo plausibile, in relazione alle limitazioni del pensiero imposte per proteggere il sistema democratico, A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, cit., p. 79.

⁹²³ V., *supra*, § IV.2.

⁹²⁴ V. le dichiarazioni del Consiglio dell’Unione (Council of the European Union, *Addendum to Draft Minutes*, 16395/08 ADD 1, PV/CONS 75, 27 gennaio 2009, Item 45, *Statement by the Council*) – che “deplora” i crimini commessi dai regimi totalitari e si impegna a riesaminare la questione dopo due anni – e quelle della Lituania (*ibidem*, pp. 5-7) – che, enfatizzando l’eguaglianza delle vittime, auspica l’estensione dei reati alle espressioni riguardanti i crimini dei regimi totalitari comunisti. Nel 2010 la Commissione europea sembra tuttavia aver posto la parola fine alla controversia, ritenendo che un’espansione del raggio d’azione della Decisione quadro ai crimini commessi dai regimi totalitari non fosse possibile a causa della forte diversità delle misure adottate dagli Stati in questo settore: v. *Report from the Commission to the European Parliament and to the Council: The memory of the crimes committed by totalitarian regimes in Europe*, Brussels, 22 dicembre 2010, COM(2010) 783 final, p. 10. Sempre come forma di pressione degli Stati dell’est Europa su questo tema si può segnalare l’interrogazione del parlamentare europeo Rareș-Lucian Niculescu (PPE) alla Commissione (n. E-010051/2010, G.U. C 265 E, 9 settembre 2011) in cui chiedeva se la collocazione a Montpellier, in Francia, di una statua di Lenin nell’ambito di un progetto di commemorazione di personaggi storici potesse costituire apologia, negazione o minimizzazione di uno dei crimini internazionali citati dalla Decisione quadro. La Commissione ha risposto in data 4 febbraio 2011 sostenendo che, non trattandosi di atti od omissioni compiute in applicazione del diritto dell’Unione, essa si trova sprovvista di competenza per procedere ad un qualsiasi pronunciamento sulla questione.

crimini commessi dai regimi totalitari (leggi: dai sovietici)⁹²⁵. D'altro canto, alle pressioni del gruppo armeno⁹²⁶ – che hanno innescato un procedimento giudiziario anche nel nostro ordinamento⁹²⁷ – sono seguite quelle degli ucraini⁹²⁸, fino alle richieste di esercizio dell'azione penale avanzate in Svizzera contro due giornalisti che avrebbero negato i massacri di Srebrenica⁹²⁹. In alcuni casi, tra l'altro, l'ampiezza eccessiva assunta dalle

⁹²⁵ V. *supra*, § I.3.1, per qualche esempio di Stati in cui la negazione dei crimini commessi dai regimi totalitari comunisti costituisce già un illecito penale.

⁹²⁶ L'unico ordinamento in cui finora si è registrata una condanna per la negazione del genocidio armeno è quello svizzero (v. *supra*, nota 305). In Francia una prima proposta di legge volta ad estendere a tali crimini la protezione già in atto per l'Olocausto, approvata dall'Assemblea nazionale il 12 ottobre 2006, non aveva superato l'esame del Senato. Quella approvata il 23 gennaio 2012 invece, come già menzionato, è stata dichiarata incostituzionale (v. *supra*, nota 921).

⁹²⁷ Cfr. Tribunale di Torino, sez. VII, 27 novembre 2008, n. 7881, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 3949 ss., con nota di F. LIENA, *Spetta allo Stato accertare la "verità storica"?*, in cui alcuni gruppi e singoli membri della comunità armena denunciavano la lesione del *diritto all'identità personale* che sarebbe stata provocata dalla *mancata menzione* – distinta dall'*espressa negazione* – dei massacri del 1915-16 in un'opera storico-letteraria a carattere divulgativo. Il Tribunale ha rigettato l'istanza perchè, tra l'altro, "il potere di accertare la storia" non rientra tra i compiti assegnati dal legislatore al processo civile.

⁹²⁸ Sulla qualificazione della carestia ucraina del 1932-1933 come crimine contro l'umanità, v. la Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2008 sulla commemorazione dell'Holodomor, (P6 TA(2008)0523) e la Risoluzione n. 1723 dell'Assemblea del Consiglio d'Europa adottata il 28 aprile 2010.

⁹²⁹ Quanto ai fatti avvenuti a Srebrenica, le organizzazioni "TRIAL" (*Track Impunity Always*) ed "SPM" (*Société pour les peuples menacés Suisse*) hanno depositato il 19 aprile 2010 una denuncia presso l'ufficio del giudice istruttore cantonale di Vaud denunciando la negazione di tali reati da parte di due giornalisti de *La Nation* che li qualificarono come "*pseudo-massacre*". Il procedimento è stato però archiviato in data 8 marzo 2011 per mancanza di intento razzista (*Ordonnance de classement* del *Procureur général adjoint* Jean Treccani, PE10.009990-JTR, p. 5 ("Les prévenus ne paraissent pas avoir été animés par la volonté de porter atteinte aux victimes des exactions serbes. [...] [I]ls paraissent bien plutôt avoir voulu dénoncer principalement les médias [...] Ils ont focalisé leur attention sur les Serbes et non pas sur leurs victimes").

fattispecie incriminatrici ha fornito un'arma dall'indefinita gittata utilizzata per colpire le forze politiche avversarie⁹³⁰.

Inoltre, venendo al punto decisivo, se l'iniziale geometria del reato di negazionismo era strettamente adattata alle specifiche esigenze e peculiarità di certi ordinamenti, l'espansione attualmente in atto mette in crisi la legittimazione della fattispecie.

Il fatto è che la presunzione che giustifica l'incriminazione del negazionismo puro dipende, in ultima analisi, dal *contesto* di riferimento. Se una sua configurazione in termini di *iuris et de iure* già vacilla ove la fattispecie sia limitata alla protezione dell'Olocausto – ma a suo supporto militano le notevoli dimensioni dell'antisemitismo⁹³¹ –, essa crolla inevitabilmente

⁹³⁰ Victoire Ingabire, la leader del partito di opposizione ruandese, è stata condannata il 30 ottobre 2012 per aver minimizzato il genocidio patito dai *Tutsi* nel 1994. L'accusa deriva dall'aver ella chiesto la persecuzione anche dei responsabili facenti parte dell'etnia *Tutsi* – attualmente al governo e vittima principale del massacro – che, finora, sono rimasti estranei ai processi. V. <http://www.fidh.org/Rwanda-Victoire-Ingabire-sentenced-12399> (ultimo accesso, per tutti: 30 aprile 2013); H. DUMAS, *Négationnisme du génocide des Tutsi au Rwanda*, in *Revue d'histoire de la Shoah*, n. 190, 2009, pp. 299 ss. (N.B. Secondo Amnesty International il processo non ha rispettato i diritti fondamentali dell'imputato, v. *Rwanda: Justice in Jeopardy: The First Instance Trial of Victoire Ingabire*, 25 marzo 2013, reperibile in <http://www.amnesty.org/en/library/info/AFR47/001/2013/en>). Di negazione del genocidio ruandese è stato chiamato a rispondere anche Peter Erlinder, ex difensore avanti all'*International Criminal Tribunal for Rwanda*, cfr. ICTR, *Bagosora et al.*, 98-41-A, *Decision on Aloys Ntabakuze's Motion for Injunctions Against the Government of Rwanda Regarding the Arrest and Investigation of Lead Counsel Peter Erlinder*, AC, 6 ottobre 2010. Un altro caso rilevante riguarda l'attuale presidente ucraino filo-russo Viktor Yanukovych, processato per aver negato la natura genocidiaria dell'*Holodomor* (la carestia che afflisse l'Ucraina nel 1932-33 come conseguenza delle politiche staliniane), che era stata dichiarata con una legge approvata dalla maggioranza parlamentare facente capo al partito del suo predecessore (ed oppositore filo-occidentale) Viktor Yushchenko. V., per un dettagliato resoconto, L. CAJANI, *Criminal Laws on History*, cit., pp. 20-22; v., altresì, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7111296.stm> e <http://www.kyivpost.com/news/city/detail/69657/>.

⁹³¹ Antisemitismo che si configura sempre più come fenomeno globale. V., con riferimento al mondo arabo, M.L. PICHENY, *A fertile ground: the expansion of Holocaust denial into the Arab world*, in *Boston College Third World Law Journal*, 2003, pp. 331 ss.; R. FISK, *A blind eye to history*, in <http://www.independent.co.uk/news/uk/a-blind-eye-to-history->

quando applicata ad un novero così ampio e diversificato di crimini. Possiamo sempre, ad esempio, scorgere un celato intento razzista in chi contesta l'esistenza o la qualificazione giuridica del genocidio armeno, in assenza di altri indici di contesto? E, vista l'estensione *cronologicamente indefinita* della protezione legislativa dei genocidi e dei crimini contro l'umanità, ad esempio, fino a che momento storico è lecito farla retroagire? La storia dell'umanità, purtroppo, abbonda di massacri; tuttavia, non sembra corretto inquadrare in categorie moderne – quali il genocidio – fatti avvenuti prima di una loro elaborazione giuridica ma, soprattutto, in periodi in cui diverso era il *significato sociale* dei valori sui quali tali nozioni affondano le radici⁹³².

5. Una questione aperta sul futuro del reato di negazionismo: rigetto radicale o accoglimento di una sua forma qualificata?

Ricapitolando gli esiti delle riflessioni presentate nei precedenti paragrafi: le condotte negazioniste sono state inizialmente sottoposte a sanzione penale, limitatamente alla contestazione dell'Olocausto, in ragione della speciale rilevanza di tale evento nel processo (ri)costituente avvenuto nel secondo dopoguerra in alcuni Stati europei, bisognosi di legittimarsi su basi politiche e valoriali di radicale rottura con i regimi immediatamente anteriori. La valenza fondante del genocidio degli ebrei coinvolgerebbe anche i due principali attori

1312129.html, 30 agosto 1996 (ultimo accesso: 30 aprile 2013); con riferimento all'Europa dell'est, E. ZUROFF, *Eastern Europe: Anti-Semitism in the Wake of Holocaust-Related Issues*, in *Jewish Political Studies Review*, 2005, pp. 63-79; R.L. BRAHAM, *Anti-Semitism and the Holocaust in the Politics of East Central Europe*, in ID. (a cura di), *Anti-Semitism and the Treatment of the Holocaust in Postcommunist Eastern Europe*, New York, 1994; collega l'antisemitismo europeo alla crisi delle identità nazionali, mettendone in luce le differenze tra Europa orientale ed occidentale, W. BERGMANN, *Anti-Semitic Attitudes in Europe: A Comparative Perspective*, cit., pp. 343 ss.

⁹³² Solleva il problema anche J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, cit., p. 1220, che escluderebbe dal campo di applicazione del reato di negazionismo i fatti che “non sono più in grado di pesare attualmente sulle coscienze, in particolare di dare origine a giudizi di responsabilità penale o civile personale o internazionale”.

istituzionali del nostro continente – l’Unione europea ed il Consiglio d’Europa – creati proprio per evitare il ripetersi di simili tragedie. Inoltre, non va nemmeno sottovalutato come, a livello globale, il ripudio della Shoah si collochi alla base del moderno sistema di protezione dei diritti umani.

Nel ristretto gruppo di Stati fortemente coinvolti nei crimini nazisti, e limitatamente alla negazione dell’Olocausto, il bando penale di tali condotte viene giustificato, in ultima analisi, in virtù di una presunzione assoluta secondo cui esse, essendo mosse invariabilmente da intenti antisemiti, non mirerebbero ad altro, in realtà, che alla denigrazione della comunità ebraica, con simultaneo sgravio del Terzo Reich dalla responsabilità generalmente addossatagli. Questo archetipo di incriminazione è stato costantemente convalidato dalla Corte di Strasburgo la quale, richiamando istanze di protezione della democrazia dai movimenti totalitari e dalle ideologie incompatibili con la CEDU, non ha mai censurato l’assenza di bilanciamento tra i diversi beni in gioco, né valutato le specifiche circostanze evidenziate dalla concreta vicenda.

Senza ora emettere un giudizio di merito su questi sviluppi, non si può negare come essi poggino su ragioni profonde e in fin dei conti comprensibili. Fosse rimasto un delitto confinato a pochi ordinamenti le cui circostanze storiche imponevano di adottare una disciplina eccezionale, il negazionismo sarebbe stato certo un interessante oggetto di studio da un’ottica storica, sociologica e comparatistica, ma non un tema dotato di una rilevanza tale da meritare approfondite indagini penalistiche, almeno da parte della dottrina del nostro paese.

Lungi dal rimanere un remissibile “peccato originale”, tuttavia, questa fattispecie ha progressivamente allargato sia i suoi confini geografici, sia le sue pretese di punibilità. Si è qui sostenuto che quest’ultima criticabile conseguenza discende dal più serio profilo problematico sollevato dall’incriminazione del negazionismo, identificato nello *slippery slope*, una dinamica che sembra produrre i maggiori effetti nel momento in cui il reato viene esportato da paesi come la Germania o Israele in contesti in cui l’unicità dell’Olocausto non è sostenibile con la medesima *vis* persuasiva, suscitando energiche richieste, da parte delle vittime di altre atrocità, di ottenere una comparabile tutela. A facilitare l’estensione di questa fattispecie si sono

aggiunti altri fattori di tipo politico. Da un lato, la punibilità dei crimini comunisti è stata introdotta, soprattutto negli Stati dell'Europa orientale, per rafforzare la legittimità di queste giovani democrazie. Dall'altro, a livello più ampio, l'allargamento del campo di applicazione del reato a tutti i crimini internazionali – promosso dall'Unione europea e avallato dall'ultima giurisprudenza della Corte EDU – va interpretato nell'ambito del processo di costruzione (o, meglio, rifondazione) di un'identità europea condivisa, basata sui valori della tolleranza e del rispetto per i diritti dell'uomo.

5.1. Punibilità del negazionismo puro: i motivi di una convinta contrarietà

L'interrogativo, al termine di questa indagine, cade ineluttabilmente sulla valutazione da dare alle tendenze repressive appena riepilogate. In dottrina si concorda sul fatto che la questione della punizione del negazionismo sia complessa e non facilmente risolvibile⁹³³. Se prima abbiamo schematicamente riportato le principali perplessità suscitate negli studiosi da una tale incriminazione⁹³⁴, non mancano le voci che, pur riconoscendo la validità di questi punti di vista, ritengono accettabile una futura scelta di incriminazione. Partendo dal rilievo che “l'orrore e il ripudio del nazismo, dell'antisemitismo e della Shoah costituiscono uno dei pilastri fondanti dell'ordine pubblico ideale della comunità internazionale”, si è aggiunto che “in quell'ordine pubblico ideale la *dignità umana* si configura quale valore

⁹³³ V., ad esempio, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., pp. 169-170 (la quale, seppur schierandosi a sfavore di una risposta penale per far fronte alle gravi e deprecabili tesi negazioniste, rileva come ci si trovi dinanzi ad “un quadro molto complesso”, ad un’“aporia”); A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., pp. XXVI ss. (che giudica possibile – anche se non doveroso – il divieto penale di negazionismo, ma allo stesso tempo considera le posizioni critiche essere “sorrette da cadenze argomentative di indubbio spessore”, riconoscendo loro “il merito di tenere alta la guardia sui rischi fisiologicamente connessi alla *streitbare Demokratie*”); C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., p. 242 (il quale, nonostante sembri suggerire la plausibilità di una tutela penale della memoria dell'Olocausto, evita di esprimersi con nettezza, condividendo in buona parte le preoccupazioni di coloro che sconsigliano l'adozione di tale reato).

⁹³⁴ V. *supra*, § IV.4.1.

supercostituzionale”, valido cioè a tracciare un limite all’esercizio delle altre libertà costituzionali⁹³⁵. In questo quadro, tenendo conto del clima politico e del momento storico attuale, la punibilità del negazionismo è stata giudicata plausibile da Alfonso Di Giovine – proprio per l’“enormità dei valori in gioco” – sulla base delle seguenti ragioni: a) “una concezione liberale e critica del bene giuridico non esclude che ad essere tutelati possano essere anche beni spirituali o istituzionali”; b) il negazionismo non è un reato senza offesa, in quanto lede in modo immediato l’onorabilità di un gruppo etnico straziato dalla storia e mette in pericolo un valore fondamentale dell’ordine democratico quale l’antirazzismo; c) nemmeno una concezione penalistica costituzionalmente orientata escluderebbe *tout court*, per la tutela di beni primari, un utilizzo simbolico del diritto penale al fine di esprimere “profonda stigmatizzazione”, e generare così disapprovazione sociale, nei confronti di una certa condotta⁹³⁶.

Tendenzialmente possibilista rispetto all’incriminazione del negazionismo sembra essere anche Costantino Visconti. Individuata nel cortocircuito tra diritto e storia la principale debolezza di un siffatto reato, l’Autore la ritiene superabile riprendendo la distinzione di Enzo Traverso tra storia e memoria, e sostenendo che lo strumento penale mirerebbe a tutelare solo quest’ultima, cioè l’universo di valori che un certo evento del passato proietta sul presente⁹³⁷. Visconti sembra condividere, in sostanza, il punto di vista di Di Giovine: essendo la memoria dell’Olocausto al centro del nucleo assiologico su cui si reggono le società occidentali, un intervento punitivo sarebbe legittimato dall’eccezionale importanza dei valori tutelati⁹³⁸. Alla “via lunga”, identificata da Emanuela Fronza nell’impegno civile e politico⁹³⁹, egli non vedrebbe dunque ostacoli ad affiancare la “via breve” del diritto penale⁹⁴⁰.

⁹³⁵ A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., p. XXVII (corsivo aggiunto).

⁹³⁶ A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., pp. XXVII.

⁹³⁷ C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., pp. 242.

⁹³⁸ C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., pp. 241-242.

⁹³⁹ E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., pp. 172-174.

⁹⁴⁰ In questo senso anche O. POLLICINO, *Il negazionismo nel diritto comparato*, cit., p. 105, che giudica un’“utopia” rinunciare alla repressione penale del negazionismo, affidandosi esclusivamente a rimedi di tipo culturale, in quanto esso si configurerebbe non come

Si tratta, all'evidenza, di linee di pensiero dotate di notevole spessore che meriterebbero ben altro respiro che non quello concesso da queste considerazioni di chiusura, in cui ci limiteremo a proporre, con cautela, qualche spunto (non definitivo) di riflessione.

Il presupposto concettuale dei due Autori poc'anzi richiamati risiede nella nozione di ordine pubblico ideale, entro cui collocare la memoria dell'Olocausto; da tale nucleo assiologico essenziale dell'ordinamento discenderebbe il valore sovracostituzionale della dignità umana, per la tutela del quale sarebbe ammessa, in via eccezionale, l'incriminazione del negazionismo (ovviamente *in sé*, cioè in assenza di altri indici di pericolosità della condotta)⁹⁴¹. Anche nella nostra indagine non si è mancato di porre in evidenza come questo reato trovi la propria giustificazione nel fatto che la condotta proibita insidia intimamente il sistema di valori che fonda la comunità politica occidentale. Se è dunque da riconoscere alla nozione di ordine pubblico ideale della comunità internazionale un'utilità descrittiva e critica, non ci sembra, tuttavia, che essa sia adeguata per convalidare, da sola, una scelta repressiva, salvo non si aderisca alla concezione di un sistema penale in cui sia ammessa anche l'incriminazione della mera "immoralità

esercizio della libertà di espressione bensì come "un abuso ed una violazione non solo della legge e dell'ordine ma soprattutto del diritto al rispetto della dignità umana".

⁹⁴¹ Giova forse qui richiamare brevemente la relazione introduttiva di Giuseppe Bettiol al celebre Convegno di Bressanone del 1965 (G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in G. BETTIOL et al., *Legge penale e libertà del pensiero: 3° Convegno di diritto penale, Bressanone 1965*, cit., spec. pp. 9 ss.) in cui – dopo aver enfatizzato il legame tra democrazia e libertà di espressione, ed aver messo in guardia contro i tratti caratteristici del diritto penale totalitario, quali ad esempio "il reato inteso come violazione del dovere imposto ad ogni cittadino di orientare la propria coscienza e di indirizzare la propria azione sulla base di quanto lo Stato vuole ed impone" (*ibid.*, p. 7) – si mette in rilievo l'esigenza di individuare alcuni limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, volti a preservare "l'*equilibrio sociale*", tra i quali figurano non solo l'istigazione, l'apologia e la propaganda – che "non tendono per natura loro a *persuadere* ma ad eccitare, a commuovere, a spingere la volontà altrui verso fini non leciti e con mezzi antiggiuridici" (*ibid.*, p. 13) –, ma anche "ciò che lede i buoni costumi spingendo all'odio, all'irriverenza e alla violenza" (*ibid.*, p. 14).

pubblica” o “devianza ideologica”⁹⁴². Non c’è dubbio che la ragione sottesa all’incriminazione della contestazione dell’Olocausto sia da rinvenire nel valore fondante di tale tragico evento storico; ciò però non significa che questa proposizione esplicativa possa anche valere da fattore legittimante, capace di scavalcare l’indagine sul bene giuridico tutelato, sul bilanciamento con altri beni di rilevanza costituzionale e sul rispetto dei principi penalistici di materialità ed offensività⁹⁴³.

Quanto al primo di questi tre profili, la dottrina sopra richiamata fa affidamento sulla dignità umana, suggerendo una sua *supremazia gerarchica* rispetto alle altre situazioni soggettive tutelate a livello costituzionale, delle quali rappresenterebbe il limite implicito. Il riferimento alla dignità umana come bene giuridico si ritrova spesso anche nei casi giurisprudenziali concernenti manifestazioni razziste. Ora, trapiantare nel ragionamento giuridico un concetto elaborato nell’ambito della morale, presenta ovvie difficoltà legate al suo “pallore contenutistico” il quale, ove sfruttato in operazioni volte a limitare altre libertà fondamentali in conflitto, può condurre a facili e prevedibili abusi di potere⁹⁴⁴.

⁹⁴² V. M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., p. 18. V., altresì, C. FIORE, *I reati di opinione*, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell’uomo e sistema penale*, cit., p. 14, che considera l’esistenza di “valori ‘sacri’, o comunque intangibili” validi a limitare la libertà di espressione il sintomo di un sistema che rimane paternalistico, ponendosi così in contrasto con gli ideali democratici; A. GAMBERINI, *I “pensieri leciti” della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 676, il quale afferma che laddove la condotta “si traduce in una minaccia a beni giuridici impalpabili”, l’offesa al bene penalmente tutelato viene svuotata di significato.

⁹⁴³ Cfr. M. DONINI, *“Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., p. 1553, che delinea i limiti di intervento del diritto penale affidandosi ai fari costituiti dai principi di materialità, offensività del fatto, colpevolezza per il fatto e laicità. Facendo riferimento alle condotte negazioniste, l’Autore afferma che il distacco da “una costruzione razionale del diritto penale attorno a fatti lesivi” avviene quando la loro punizione prescinde da un accertamento della concreta potenzialità degli atti di produrre disordini o violenze, andando così a reprimere mere forme di immoralità o di dissenso ideologico.

⁹⁴⁴ Per alcune indicazioni bibliografiche sul concetto di dignità umana v., *supra*, nota 321. V., altresì, W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, in *Ars Interpretandi*, 2005, pp. 132-133, il quale osserva che nessun

Il concetto di dignità umana, inoltre, viene spesso utilizzato alla stregua di un assioma, come tale esentato da oneri di precisazione razionale; impiegato a mo' di elemento asseverativo, in altri termini, esso – come osserva Winfried Hassemer – “uccide la discussione”, svilendo la natura argomentativa del dibattito giuridico⁹⁴⁵. Questo *modus operandi* della dignità umana come figura retorica richiama alla mente – non a caso – lo schema decisorio eccezionale (l'effetto ghigliottina dell'art. 17 della CEDU) applicato dalla Corte di Strasburgo al negazionismo⁹⁴⁶. Anche in quel contesto, a ben vedere, si è fatto utilizzo di un polo valoriale al quale è stato attribuito il rango di norma sovraordinata, insuscettibile di bilanciamento e prevalente su ogni altro interesse. Che si chiami dignità umana, o “valori di pace e giustizia sottesi alla Convenzione”, poco cambia nell'origine inevitabilmente giusnaturalistica di questo inafferrabile super-valore (o super-limite?). Proprio la giurisprudenza di Strasburgo, tra l'altro, dovrebbe fornire una riprova di come questo tipo di concetti generalissimi siano costantemente sottoposti ad una tensione diretta ad allargarne i confini applicativi: se inizialmente solo le dottrine razziste o totalitarie erano state ritenute in contrasto con i valori della Convenzione, nel corso degli anni questo catalogo si è espanso, andando a ricomprendere, ad esempio, la tolleranza, il rispetto per l'eguale dignità umana, la non discriminazione e la pace sociale, fino agli ideali della risoluzione pacifica dei conflitti e della sacralità della vita umana⁹⁴⁷. D'altra parte, se si ammette la validità di restrizioni ad espressioni contrarie ad una vaga morale democratica, il passo è breve rispetto alla sanzione di ulteriori tipologie di intolleranza

principio fondamentale di etica o di diritto riesce a riunire sotto di sé applicazioni casistiche così diverse come quello della dignità umana.

⁹⁴⁵ W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali*, cit., pp. 130-131; nello stesso senso, U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, cit., pp. 107-108, che a tal riguardo così afferma: “accade che un valore, anzi il più elevato valore dell'Occidente, sia sovente piegato all'interesse strategico-argomentativo. Così la dignità umana, come la si intende comunemente nella contemporaneità, è divenuta un super-argomento, un argomento mitico, un argomento capace di chiudere una discussione”.

⁹⁴⁶ V. *supra*, § III.9.

⁹⁴⁷ V. *supra*, § III.7.2.4.

quali, ad esempio, l'integralismo religioso o il sostegno a forme di lotta armata, fino a giungere alle manifestazioni di omofobia.

Non si vuole qui negare che, come di recente è stato messo in rilievo⁹⁴⁸, i reati volti a lottare contro razzismo e discriminazione perseguono scopi attualmente cruciali, e che dal generale concetto di dignità umana sono stati enucleati beni giuridici maggiormente afferrabili messi in pericolo da questo tipo di condotte – tra cui vanno annoverati l'eguaglianza dei membri di una certa comunità, nonché il loro diritto all'identità e quello a non essere discriminati –. Sembra però che, anche così specificata, la dignità umana non risolva in modo soddisfacente il problema del bene giuridico.

Le espressioni negazioniste, si afferma, meritano di essere sottoposte a pena poiché lesive “di beni quali l'onorabilità e il diritto all'identità di un gruppo etnico straziato dalla storia”⁹⁴⁹ e, aggiungiamo noi, in quanto in contrasto con il diritto a non subire discriminazione razziale, etnica o religiosa. Se queste sono le declinazioni della dignità umana qui in rilievo, ci sembra che si possano richiamare le osservazioni di Massimo Donini sulla c.d. tutela penale dei sentimenti, in particolare patriottici e religiosi, ove si distingue tra sentimenti, da una parte, e beni tutelabili dal diritto penale, dall'altra⁹⁵⁰. L'offesa rivolta ad una religione, alla pari dell'offesa per la comunità ebraica implicita nella negazione dell'Olocausto, indubbiamente costituisce un attacco ai sentimenti di onore ed identità di un gruppo di individui. Bastano però queste sgradevoli ed irritanti reazioni emotive per legittimare l'intervento del diritto penale? Donini risponde distinguendo tra offese individuali, già tutelabili attraverso i delitti di discriminazione, e offese collettive, che devono “presentare un contenuto di pericolosità e di pubblicità diversi dal disvalore insito nella mera manifestazione di un'opinione intollerante”⁹⁵¹. Siccome alle

⁹⁴⁸ Ad esempio da L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda*, cit., pp. 130 ss.; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., pp. 153 ss.; L. SCAFFARDI, *Oltre i confini*, cit., pp. 228 ss.

⁹⁴⁹ A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa*, cit., pp. XXVII.

⁹⁵⁰ V. M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti, cit., pp. 1587-1588.

⁹⁵¹ M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti, cit., p. 1586. V., altresì, L. ALESIANI, *I reati di opinione: una rilettura in chiave costituzionale*, Milano,

vittime non può essere riconosciuto il diritto ad una “verità di Stato” tutelata penalmente, la negazione della Shoah – prosegue l’Autore – può giustificare l’inflizione di una pena solo se ammonta ad istigazione a delinquere⁹⁵². Sfavorevole, a tal riguardo, appare anche l’opinione di Giancarlo De Vero, il quale, pur rilevando come il concetto di ordine pubblico – anche ove inteso in senso materiale – si presti ad accogliere istanze di tipo più soggettivo quali le offese al “sentimento collettivo di convinta adesione a comuni e diffuse esperienze di valori”⁹⁵³, conclude che l’ordinamento costituzionale della libertà di espressione non accorda a questo tipo di interessi alcun particolare pregio che permetta di limitare l’esercizio del diritto di parola⁹⁵⁴.

Considerando il significato dell’Olocausto pari a quello assegnato ad una religione, emergono altri aspetti cruciali, basati sull’imperativo della necessaria *laicità* dello Stato, intesa in termini di *neutralità* dell’ordinamento⁹⁵⁵. La punibilità della sola negazione del genocidio nazista, eccetto in limitati contesti territoriali, non sembra sostenibile in quanto pregiudicherebbe l’*equidistanza* delle autorità pubbliche dalle differenti fonti

2006, pp. 324 ss., che critica la permanenza nel nostro ordinamento dei reati a tutela del sentimento religioso, i quali – a suo avviso – limitano ingiustificatamente il diritto di libera manifestazione del pensiero.

⁹⁵² M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti, cit., pp. 1587-1588. Sull’inaccettabilità della verità o memoria storica come bene giuridico penalmente tutelabile, v. *supra*, nota 915.

⁹⁵³ G. DE VERO, *Tutela penale dell’ordine pubblico*, cit., p. 99.

⁹⁵⁴ G. DE VERO, *Tutela penale dell’ordine pubblico*, cit., p. 109.

⁹⁵⁵ V., ad esempio, F. RIMOLI, voce *Laicità (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1995, pp. 1 ss.; ID., *Tutela del sentimento religioso, principio di eguaglianza e laicità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 3343 ss.; P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; G. DALLA TORRE (a cura di), *Ripensare la laicità: il problema della laicità nell’esperienza giuridica contemporanea*, Torino, 1993; S. CECCANTI, *Una libertà comparata: Libertà religiosa, fondamentalismi e società multietniche*, Bologna, 2001, pp. 75 ss. La laicità è stata definita un “principio supremo” dell’ordinamento dalla Corte costituzionale: v., ad esempio, C. cost., 11 aprile 1989, n. 203, (in diritto), par. 4; C. cost., 10 novembre 1997, n. 329, (in diritto), par. 2, la quale precisa che laicità “non significa indifferenza di fronte all’esperienza religiosa ma comporta *equidistanza e imparzialità* della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose” (corsivo aggiunto).

di sofferenza: nessuna discriminazione appare quindi accettabile tra diversi gruppi-vittima, salvo in paesi – e la Germania è indubbiamente tra questi – dove la limitazione della tutela alla sola comunità ebraica si fonda su incontestabili dati storici⁹⁵⁶. Si tratta di una necessaria conseguenza del fatto che lo Stato non può farsi fautore di una determinata visione politica o ideologica, privilegiandola rispetto a quelle con essa concorrenti e creando così disparità tra diversi gruppi sociali; deve, all'opposto, garantire a tutte pari dignità, assumendo un ruolo di sintesi "alla luce di un modello etico non cognitivista"⁹⁵⁷.

Riassumendo queste nostre riflessioni, sembra che la fattispecie di negazione dell'Olocausto sollevi queste perplessità: *a)* se giustificata per proteggere la dignità umana, sconta l'indeterminatezza e la prepotenza di questa nozione, e finisce con il punire il mero disprezzo dei valori morali alla base del sistema; *b)* se introdotta a tutela del diritto all'identità di gruppi ed individui determinati, in parte si sovrappone con figure criminose già esistenti e in parte fuoriesce dagli argini costituzionali dello *ius puniendi* andando a tutelare meri sentimenti; *c)* al di fuori di specifici e limitati luoghi, confinare la salvaguardia al solo Olocausto infrange il dovere di neutralità statale.

Come già esposto, inoltre, il reato di negazionismo "puro" – del quale stiamo discutendo – si regge su una presunzione di pericolo strettamente connessa al contesto di riferimento. Non sembra corretto infatti presupporre, senza possibilità di fornire prova contraria, che "una semplice opinione, riferita in

⁹⁵⁶ Cfr. BVG, 4 novembre 2009, 1 BvR 2150/08, cit., par. 52 ss., in cui il *Bundesverfassungsgericht* ha dovuto giustificare lo speciale (e deteriore) trattamento della propaganda nazista (sanzionata ex § 130, comma 4, StGB), rispetto alle espressioni che offendono la dignità delle vittime degli altri regimi totalitari. I giudici hanno ritenuto che un'eccezione per le opinioni che approvano o esaltano l'ideologia nazista sia inerente all'art. 5 della Legge fondamentale tedesca, una carta costituzionale che va considerata proprio come una reazione al totalitarismo nazista. Questa deroga si giustifica dunque, a parere della Corte di Karlsruhe, con l'unicità dell'ingiustizia e del terrore compiuti in Europa e altre parti del mondo sotto la responsabilità tedesca, che costituisce un fattore essenziale nell'identità dell'attuale Germania e ha avuto un perdurante e decisivo effetto sull'intero ordine del dopoguerra e sull'integrazione della Germania nella comunità internazionale.

⁹⁵⁷ Così F. RIMOLI, voce *Laicità (diritto costituzionale)*, cit., p. 2.

termini generalizzanti (non assimilabile, cioè alla propaganda razzista), p[ossa] produrre l'effetto dell'incitamento all'odio e la probabile realizzazione di futuri reati"⁹⁵⁸. Per quanto sia certamente verosimile, come afferma Daniela Bifulco, che il negazionismo "non è mai fine a se stesso", ma reca in sé contenuti "intrinsecamente violenti"⁹⁵⁹, a questo elemento non può essere attribuita dignità di postulato, dovendosene invece dare, di volta in volta, dimostrazione in giudizio. E, se realmente l'espressione apparirà avere, alla luce dei risvolti concreti della vicenda, caratteri di offesa o istigazione, essa certo non sfuggirà alle maglie delle esistenti fattispecie a tutela dell'onore e di quelle di contrasto alla propaganda razzista⁹⁶⁰; in questo modo, la pena aggredirà solo una selezione di condotte, per le quali, a seguito del giudizio di bilanciamento, la libertà di espressione cederà il passo ad esigenze punitive. A tal riguardo l'Autrice avverte che il bilanciamento degli interessi non può condurre sempre verso un "pareggiamento dei beni in competizione"; il risultato di questa operazione, piuttosto, vedrà talvolta "un interesse prevalere,

⁹⁵⁸ A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 42, in cui l'Autrice vaglia la legittimità costituzionale del reato di negazionismo configurato in termini di pericolo astratto. V., riassuntivamente, M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 268, il quale rileva la problematicità costituzionale, che può giungere all'illegittimità della fattispecie, del pericolo assolutamente presunto, laddove vi sia la "possibilità che un pericolo ex ante e in concreto non sussista, e sussista esclusivamente la formale inosservanza di un precetto". V., altresì, E. GALLO, voce *Attentato (delitti di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, pp. 351-353, il quale ammonisce che una volta messo nelle mani del legislatore uno strumento illiberale come quello dei reati di pericolo astratto, "non si ha alcuna certezza che prima o poi non venga esteso anche a settori che incidano profondamente sulle libertà fondamentali del cittadino", in particolare proprio nel campo dei "reati ideologici". L'Autore ne ammette quindi un utilizzo parsimonioso, guidato non dal rango del bene da tutelare, bensì dalla sua *natura*, che lo renda difficile da proteggere con fattispecie a pericolo concreto. Rimangono invece contrari, in generale, alla categoria dei reati di pericolo astratto o presunto, F. STELLA, *Giustizia e modernità*, 3° ed., Milano, 2003, pp. 555 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, pp. 185 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, pp. 479 ss.

⁹⁵⁹ D. BIFULCO, *Negare l'evidenza*, cit., pp. 107 ss.

⁹⁶⁰ In riferimento al nostro ordinamento, v. *supra*, § II.10.1.

l'altro soccombere"⁹⁶¹. Sono considerazioni da condividere, ma al centro della nostra critica non sta il fatto che all'esito dell'operazione di bilanciamento la libertà di espressione esca del tutto di scena; piuttosto, non ci sembra corretto, considerato il rango riconosciute, che si voglia eludere la valutazione comparativa degli interessi in gioco, fissando in astratto e una volta per tutte il loro *assetto definitivo* sulla base della categoria a cui appartiene un determinato discorso.

Un altro motivo che, ad avviso di Bifulco, militerebbe a favore dell'introduzione di una figura delittuosa di negazionismo risiederebbe nel carattere di "propaganda" che caratterizzerebbe tali condotte, rendendo infruttuosi i tentativi di confronto dialogico nell'ambito di un "dibattito democraticamente orientato"⁹⁶². L'intrinseca violenza del discorso negazionista starebbe nella sua pretesa di "normalizzare", di spiegare "eventi che invece, a causa della loro mostruosità, non possono che restare al di fuori della umana comprensione" – ciò sarebbe ulteriormente aggravato dalla ricerca di notorietà di questi autori⁹⁶³ –.

L'oggetto della richiesta rivolta alla sanzione penale, dunque, sembrerebbe essere l'elisione del "significato comunicativo" della condotta, in modo che, da lecita seppur raccapricciante opinione, diventi un fatto costituente reato, un abuso della libertà di parola⁹⁶⁴. Per raggiungere questo risultato, tuttavia, si rischia forse di intraprendere un cammino costellato di effetti indesiderati⁹⁶⁵.

⁹⁶¹ D. BIFULCO, *Negare l'evidenza*, cit., p. 103.

⁹⁶² D. BIFULCO, *Negare l'evidenza*, cit., pp. 110-112.

⁹⁶³ D. BIFULCO, *Negare l'evidenza*, cit., p. 109.

⁹⁶⁴ Cfr. G. FORTI, *Il "dominio" penale come cosmogonia. Critica della violenza e "bisogno interiore del diritto"*, in A. CERETTI, L. NATALI (a cura di), *Universi della violenza*, Milano, 2012, in http://www.fondazionefeltrinelli.it/dm_0/FF/FeltrinelliPubblicazioni/allegati/Ceretti_Universi%20della%20violenza.0024.pdf (ultimo accesso: 30 aprile 2013), pp. 27 ss., il quale, richiamando il pensiero di Jan Philipp Reemtsma, e muovendo dall'idea che ogni condotta umana, anche quella violenta, è sempre dotata di un momento comunicativo, tratteggia un diritto penale quale meccanismo di rimozione o neutralizzazione del carattere comunicativo della violenza legata all'azione delittuosa.

⁹⁶⁵ Vale la pena rimandare alle considerazioni di Carlo Fiore sull'opportunità di mantenere nell'ordinamento fattispecie finalizzate alla tutela del sistema democratico: cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, 1972, cit., pp. 161 ss., in cui l'Autore ritiene che una scelta a favore di

In aggiunta a quelli già citati, merita fare un cenno allo stesso processo penale il quale, come conferma l'esperienza, si rivela nei fatti uno strumento controproducente nel mettere a tacere le opinioni negazioniste, attribuendo ai loro fautori, al contrario, l'aura nobile del martirio⁹⁶⁶. Oltre al palcoscenico che offre la pubblica persecuzione di tali espressioni, un altro difetto è stato evidenziato in alcuni dei procedimenti finora celebrati. A meno di non voler acquisire gli eventi storici come fatti notori, la "neutralità discorsiva" della legge e il "formale agnosticismo" che guida l'accertamento dei fatti nel processo finiscono paradossalmente per creare un "*obbligo di ascolto*" a favore degli imputati negazionisti⁹⁶⁷. Nel processo, la storia viene considerata come *una delle altre tesi processuali da dimostrare*, facendole assumere una *posizione debole* inadatta al dichiarato scopo di riaffermarne la validità.

5.2. Punibilità del negazionismo qualificato: profili critici delle clausole di offensività

Punire il negazionismo *per se* sembra insomma sollevare insormontabili problemi, specialmente in ordine alla mancanza di un accettabile oggetto di tutela; il rischio, sotto questo aspetto, è di scivolare verso una concezione di diritto penale moraleggiante volto alla repressione del mero dissenso ideologico. Ciò nondimeno, come osserva Mario Romano, deve far riflettere il fatto che questa fattispecie sia stata introdotta in svariati ordinamenti di sicura

questo tipo di protezione rafforzata implicherebbe un "prezzo troppo alto", mentre l'opzione opposta costituirebbe un "rischio calcolato" che alla lunga assicurerebbe "la migliore difesa contro ogni involuzione dell'ordinamento in senso autoritario". Nello stesso senso, D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, cit., pp. 197 ss.; G. ZUCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in G. BETTIOL *et al.*, *Legge penale*, cit., p. 104, che vede nella proclamazione della libertà *ex art. 21* della Costituzione una "espressione di fiducia e di speranza nel diritto proclamato"; C. FIORE, *I reati di opinione*, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, cit., pp. 22 ss.

⁹⁶⁶ Cfr. Pierre Vidal-Naquet, intervistato in *Le Monde*, 4 maggio 1996, che sottolinea il rischio di "trasformare degli zero intellettuali in martiri".

⁹⁶⁷ Così, L. DOUGLAS, *The Memory of Judgment*, cit., pp. 255 ss.

tradizione democratica⁹⁶⁸. Pur non augurandosene l'introduzione nel nostro paese, l'Autore ammette che, una volta adottata una formulazione che garantisca la selezione delle sole condotte pericolose per la pace pubblica, intesa come "pacifico svolgimento dei rapporti sociali", tale figura criminosa non violerebbe un "pur rigoroso principio di laicità", visto che l'ordinamento non indulgerebbe ad una scelta ideologica⁹⁶⁹.

Queste considerazioni muovono naturalmente dal presupposto – diverso rispetto a quello che sottendeva il ragionamento appena articolato – di una incriminazione del modello "qualificato" di negazionismo, cioè quello in cui, ai fini dell'integrazione del precetto, la condotta-base di negazione, minimizzazione, ecc. deve essere accompagnata dalla compresenza di *indici di pericolosità*, capaci di orientare la fattispecie verso un diritto penale del fatto. A noi sembra che questa sia l'unica modalità con cui il reato di negazionismo potrebbe eventualmente farsi largo tra la nutrita (e poco apprezzata) schiera dei reati di opinione senza porsi in irrimediabile contraddizione con alcuni fondamentali principi costituzionali⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato*, cit., p. 501.

⁹⁶⁹ M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato*, cit., p. 502.

⁹⁷⁰ Cfr. L. STORTONI, *L'abuso di potere*, cit., pp. 90-91 (che assegna all'art. 21 della Costituzione italiana un significato che si spinge oltre a quello di limite alla possibilità di incriminare la manifestazione del pensiero, andando tale disposizione ad incidere profondamente anche sul piano della necessaria *idoneità offensiva* dell'espressione vietata, in assenza della quale la pena finirebbe per colpire – illegittimamente – un mero modo di esternazione della propria personalità); F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in A. DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. I, Padova, 1990, p. 146 (che fa discendere dal principio di offensività – anche se inteso come "mero dato tendenziale" della legislazione penale, anziché come canone strettamente costituzionale – il divieto di fare ricorso a tecniche di tutela anticipata, quali i reati di pericolo astratto, per restringere la libertà di manifestazione del pensiero); G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., pp. 103-105, (il quale ritiene inaccettabile l'elaborazione di limiti impliciti (o logici, o esterni, che dir si voglia) alla libertà di manifestazione del pensiero prevista dall'art. 21 della Costituzione, giacché la questione è stata "già risolta dallo stesso legislatore costituente nel momento in cui la garanzia è stata prestata"; ne discende che, in relazione al "nucleo centrale" del diritto di parola, deve ritenersi "*in partenza*" escluso ogni tentativo di limitazione, foss'anche basato su controinteressi di rilievo costituzionale); A. GAMBERINI, *I "pensieri leciti" della Corte*

Ci si chiede se l'adozione di uno di questi elementi di pericolo possa risolvere (o quantomeno ridurre) le perplessità finora evidenziate. La Decisione quadro, come sopra descritto⁹⁷¹, contiene alcune indicazioni al riguardo, ispirate ai modelli di reato già sperimentati in alcuni ordinamenti europei. La loro analisi, che è bene ripercorrere brevemente, metterà in luce come anche un'incriminazione limitata al negazionismo qualificato, in realtà, presenti profili che ci convincono a considerarla tutt'al più un *male minore* – che sarebbe meglio evitare del tutto – rispetto a quella del negazionismo puro.

Una prima possibilità viene offerta dal modello francese, che consente di limitare l'oggetto del reato alle sole espressioni che colpiscono eventi storici già accertati con sentenza passata in giudicato. Va a questo riguardo osservato che, se anche questa formula permette di selezionare solo le condotte che negano un insieme ristretto e determinato di crimini, non rientra tra i suoi scopi quello di fungere da filtro di offensività. Il criterio di inclusione o esclusione dall'area di punibilità di certe classi di espressioni, basato su un elemento meramente *accidentale* quale il previo accertamento giurisdizionale dei fatti oggetto di negazione, prescinde completamente da valutazioni intorno alla serietà del pericolo per il bene protetto. Pur essendo in grado di lavorare a livello di categorie – ad esempio, garantendo tutela al negazionismo relativo all'Olocausto o al massacro di Srebrenica, ma rifiutandola per quello della tragedia armena – esso non è per sua natura idoneo a separare, nell'ambito

costituzionale, cit., p. 677 (il quale, in virtù della considerazione sistematica e della stessa accezione letterale dell'art. 21 della Costituzione, ritiene “incompatibile col precetto costituzionale la previsione di un reato laddove, nella struttura della fattispecie, la tipologia comportamentale divenga il mero indice sintomatico del pensiero ed ‘a fortiori’ del modo di essere del soggetto”); D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, cit., p. 200 (che invece dubita(va) che la riconduzione dei reati di opinione alla categoria dei reati di pericolo concreto potesse garantirne la legittimità, propendendo piuttosto per la loro completa abrogazione (cfr., tuttavia, la posizione più moderata assunta dall'Autore più di recente in D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, cit., p. 253, in cui egli giudica “saggiamente realistica” la posizione della Corte costituzionale, assestata sul tendenziale obbligo di accertamento del pericolo concreto in materia di reati di opinione, riuscendo così a bilanciare tra le opposte esigenze di libertà e sicurezza)).

⁹⁷¹ V. *supra*, § II.8.

della medesima categoria, gli atti meritevoli di sanzione da quelli che ne devono rimanere indenni.

Oltre a non assicurare il rispetto del principio di offensività, questo elemento opzionale genera alcune perplessità con riguardo all'altro profilo evidenziato poch'anzi, basato sull'equidistanza che l'ordinamento dovrebbe dimostrare nei confronti delle diverse tragedie che hanno afflitto l'umanità, come corollario del principio di laicità (e dunque neutralità) dello Stato. In effetti si potrebbe argomentare come la clausola francese differenzi tra i diversi eventi storici sulla base di un parametro oggettivo, cioè il loro avvenuto accertamento in sede giudiziaria. Sembra tuttavia trattarsi di un elemento puramente *formale*, privo di un ragionevole nesso logico o eziologico con il bisogno di tutela dei vari gruppi-vittima, i quali riceverebbero un diverso trattamento in ragione di un fattore – l'intervento processuale – che nemmeno può dirsi determinante nel carattere storicamente accertato o meno delle violazioni da loro subite⁹⁷².

A causa delle evidenziate iniquità che provoca, questo elemento opzionale andrebbe dunque scartato dalle possibili alternative concepite per confinare la punibilità del reato di negazionismo alle sole espressioni offensive; ciò anche perché, a ben vedere, l'oggetto di tutela rischia di diventare l'autorità della cosa giudicata, i cui *dicta* non potrebbero più legittimamente essere messi in discussione (si ricordi che, come già notato, l'incontestabilità non copre solo l'esistenza dei fatti, ma si estende alla qualificazione giuridica datane dai giudici, e quindi al grado di disvalore che tali avvenimenti esprimono – o che l'ordinamento vorrebbe esprimerlo⁹⁷³ –).

Una seconda clausola proposta dalla Decisione quadro riprende nella logica, sebbene con una formulazione non coincidente, l'archetipo introdotto in Germania: in un'ottica di salvaguardia della pacifica convivenza tra gruppi sociali, l'interferenza con la libertà di parola è ammessa a condizione che l'espressione sia idonea a turbare la tranquillità pubblica (*öffentliche Friede*). In realtà, il testo europeo parla di idoneità a turbare l'ordine pubblico, avendo

⁹⁷² Il punto è già stato affrontato *supra*, § II.8.1.

⁹⁷³ V. *supra*, §§ III.6.2, III.10.1; per un caso giurisprudenziale inerente la negazione del carattere genocidiario del massacro degli armeni, v. *supra*, nota 838.

abbandonato, nel corso del lungo percorso legislativo, l'ancoraggio alla "quiete pubblica" presente nella sua versione originaria⁹⁷⁴. Le due nozioni non possono certo considerarsi collimanti, se è vero che l'ordine pubblico è concetto proteiforme, suscettibile di varie letture ricadenti entro l'intervallo tra i due estremi materiale e ideale, mentre la quiete (o tranquillità, o pace) pubblica è generalmente considerata più affine con una visione materiale. A questo proposito, non è un caso che la Germania abbia voluto precisare, in sede di Consiglio dell'Unione europea, che sebbene la lettera della Decisione quadro lasci aperte entrambe le opzioni – pace pubblica e ordine pubblico –, essa intende considerare, ai fini della trasposizione interna, il termine "öffentliche Friede" utilizzato nella legislazione tedesca incluso dal lemma "public order" che compare nella Decisione quadro⁹⁷⁵. Con questa dichiarazione a verbale, dunque, il legislatore tedesco ha voluto chiarire che non ritiene necessario, allo scopo di ottemperare agli obblighi scaturenti dalla Decisione quadro, accogliere nel proprio ordinamento la nozione di ordine pubblico sostituendola a quella di *öffentliche Friede*.

L'importanza di questo elemento qualificante è stata sottolineata nel 2009 dal *Bundesverfassungsgericht* che, pronunciandosi sulla disposizione del § 130, comma 4, StGB⁹⁷⁶, ha sottolineato come il valore essenziale della libertà di espressione – con cui questa figura criminosa interferisce – possa essere legittimamente compresso solo in presenza di un concreto pericolo per la pace pubblica, la quale assurge dunque ad elemento imprescindibile per salvare la fattispecie dalle censure di incostituzionalità⁹⁷⁷. La Corte di Karlsruhe ha poi proceduto a precisare i contorni del pericolo oggetto di accertamento: lungi

⁹⁷⁴ V. *supra*, nota 256.

⁹⁷⁵ Council of the European Union, *Addendum to Draft Minutes*, 16395/08 ADD 1, PV/CONS 75, 27 gennaio 2009, Item 45, *Statement by the Council*, p. 8.

⁹⁷⁶ Si tratta di una disposizione introdotta nel 2005 per rafforzare la repressione penale delle manifestazioni di esaltazione e giustificazione del nazismo tali da ledere la dignità delle vittime e turbare la pace pubblica; questo il testo: "[...] wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt".

⁹⁷⁷ BVG, 4 novembre 2009, 1 BvR 2150/08, cit., par. 77-79.

dal ritenere sufficiente l'astratta pericolosità delle parole pronunciate o l'eventuale insicurezza soggettiva che queste possono ingenerare nei cittadini, i supremi giudici hanno richiesto il superamento di una *soglia di pericolo*. Questa va determinata valutando se i rischi derivanti dall'espressione si realizzino solo come effetti remoti di concomitanti liberi convincimenti, oppure se la loro concretizzazione venga innescata già dalla manifestazione del pensiero⁹⁷⁸. Seguendo questo schema, si distigue tra rappresentazioni puramente simboliche di idee, che restano confinate alla (non punibile) sfera spirituale, e discorsi relativi a specifiche persone, gruppi, situazioni reali o eventi storici, che aumentano le possibilità che la parola ponga in pericolo il bene protetto⁹⁷⁹.

Così interpretato, il requisito incentrato sulla pace pubblica, inteso in senso rigorosamente materiale, potrebbe riuscire a delimitare in maniera soddisfacente i confini della repressione penale del negazionismo. La lettura che ne è stata fornita dalle corti di merito e dal *Bundesgerichtshof* nell'ambito dei processi per contestazione o minimizzazione dell'Olocausto, tuttavia, sembra discostarsi dai principi – appena esposti – delineati dalla Corte di Karlsruhe in riferimento ad una fattispecie simile ma non assimilabile. Come già osservato⁹⁸⁰, i giudici del negazionismo prediligono un inquadramento del reato come *Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte*, accontentandosi dell'astratta capacità dell'espressione di incidere sul sentimento di sicurezza degli ebrei, di avvelenare il dibattito pubblico e di offendere la dignità umana dei discendenti delle vittime del genocidio. Pare insomma che l'enormità del significato che riveste l'Olocausto nell'ordinamento tedesco abbia preso il sopravvento su un elemento – la pace pubblica – che certo già di per sé si presta a molteplici letture, incluse quelle che lo “spiritualizzano”, compromettendo l'efficacia di una sua utilizzazione per selezionare i fatti concretamente offensivi⁹⁸¹.

⁹⁷⁸ BVG, 4 novembre 2009, 1 BvR 2150/08, cit., par. 99.

⁹⁷⁹ *Ibid.*

⁹⁸⁰ V. *supra*, § II.8.2; v., altresì, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, cit., pp. 38 ss, anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁹⁸¹ Cfr. G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., pp. 86 ss., il quale osserva come, all'interno del concetto di “pubblica tranquillità” possano rientrare anche esigenze di

Qualora invece questa clausola fosse utilizzata all'interno di fattispecie volte a punire la negazione di eventi storici privi della stessa carica etica ed emotiva, potrebbe forse rivelarsi un utile filtro nell'identificazione delle condotte che superano una determinata soglia di pericolosità. Anche in questo caso, tuttavia, occorrerebbe tenere ben presenti i timori espressi dalla dottrina, che dubita delle capacità dell'ordine pubblico materiale di far venire meno tutte le esitazioni concernenti i reati di opinione⁹⁸². Come osservava già Carlo Fiore, quando la tutela del bene viene anticipata ad uno stadio eccessivamente lontano dal momento di concretizzazione dell'offesa, il giudizio di idoneità dell'azione “risulta totalmente svincolato dall'apprezzamento della possibilità di un evento di lesione e, quindi, dal calcolo del grado di probabilità di una effettiva rottura delle condizioni di esistenza dell'ordine pubblico”⁹⁸³.

L'ultima alternativa offerta dalla Decisione quadro per conferire uno spessore di offensività al reato di negazionismo consiste nel riservare la punibilità ai comportamenti “posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio” nei confronti di “un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica”⁹⁸⁴. In questo modo, l'applicazione della fattispecie sarebbe guidata dal criterio dell'idoneità istigatoria dell'espressione.

Si deve innanzitutto distinguere tra le due ipotesi appena citate: qualora l'oggetto dell'incitamento sia la *violenza* (ancora meglio sarebbe stato: atti di

tutela di carattere soggettivo, quali i “sentimenti di esecrazione ed indignazione, suscitati dall'aperta e provocatoria negazione di una diffusa esperienza di valori.

⁹⁸² V., ad esempio, G. INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, cit., p. 19, che sostiene l'impossibilità di definire l'ordine pubblico come oggetto di tutela penale; in questo senso, continua l'Autore, “il tentativo [...] di camminare sul filo di una nozione c.d. materiale, somiglia sempre di più ad un esercizio di equilibrismo, non tanto spericolato, quanto estraneo alla realtà del diritto penale dei fatti”; G. DE VERO, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, cit., pp. 160 ss., il quale nota che il modello del pericolo concreto può essere utilizzato come “deteriore *escamotage*” con cui la legge devolve al giudice un accertamento “destituito in partenza di criteri seri ed attendibili”, rivelandosi una “fuga dalla responsabilità da parte del legislatore”; A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., pp. 727-728.

⁹⁸³ C. FIORE, *I reati di opinione*, 1972, cit., p. 72.

⁹⁸⁴ Art. 1, comma 1, lett. c) e d), della Decisione quadro.

violenza) – cioè un referente materiale, dimostrabile – il giudizio di idoneità può in effetti essere ancorato a circostanze esteriori, riducendo dunque la possibilità di arbitri applicativi; nei casi invece in cui esso ricada sull'*odio*, ci si trova di fronte ad un classico esempio di sollecitazione a compiere un fatto non costituente di per sé reato⁹⁸⁵. In quest'ultimo caso, molte sono le difficoltà nel considerare questo elemento in grado di garantire il rispetto della *tipicità*, sia nella sua veste *formale* che in quella *materiale*⁹⁸⁶. Oltre infatti ad essere l'odio del tutto inadeguato a fornire una "precisa determinazione dei casi in cui un fatto [...] può essere considerato come reato"⁹⁸⁷, esso rimanda ad una fisionomia del diritto penale in antitesi con i principi di offensività, sussidiarietà e frammentarietà⁹⁸⁸, nonché con la sua vocazione teleologica alla

⁹⁸⁵ Un altro esempio di incriminazione di una condotta di istigazione a compiere un atto non costituente reato era rappresentato da una delle condotte previste dall'art. 553 c.p., cioè l'incitamento a pratiche anticoncezionali (v., sul punto, F. BRICOLA, *L'art. 553 c.p. come limite penale alla libertà di manifestazione del pensiero*, cit., pp. 57 ss.).

⁹⁸⁶ V. per tutti, sulla tipicità come principio costituzionale e come categoria dogmatica, G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, pp. 536 ss.; A. GARGANI, *Dal "corpus delicti" al "Tatbestand". Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997; R. ALAGNA, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.

⁹⁸⁷ G. VASSALLI, voce *Tipicità (diritto penale)*, cit., p. 536.

⁹⁸⁸ Per una concezione della frammentarietà come criterio e non come principio, v. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 32. Per un esame dei principi di sussidiarietà e frammentarietà (e delle loro implicazioni), nell'ambito di una concezione di diritto penale orientato alla protezione di interessi di significativa rilevanza costituzionale, v. F. BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. I, Milano, 1984, pp. 99 ss., il quale ricorda che la frammentarietà non vale solo a modulare la risposta penale sulla base dei beni aggrediti, ma incide anche sulla tecnica di struttura della fattispecie. Per un'articolazione dei principi propri di un sistema di diritto penale minimo v., per tutti, i contributi in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1985, in particolare A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, pp. 443 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2000, pp. 80 ss.; ID., *Per un programma di diritto penale minimo*, e E. MUSCO, *A proposito del diritto penale "comunque ridotto"*, entrambi in L. PEPINO (a cura di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano, 1993, rispettivamente pp. 57 ss. e 170 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale "minimo" e nuove forme di criminalità*,

protezione del bene giuridico⁹⁸⁹, diventando il volano di una sua “espansione onnipervasiva”⁹⁹⁰.

Un altro profilo critico è incentrato sulla stessa tenuta, sempre sul piano delle garanzie di tassatività, materialità e offensività, del criterio selettivo dell’attitudine istigatoria, ritenuto da Visconti una formula “stereotipata o, peggio falsamente risolutiva”, in quanto non varrebbe in sé a giustificare l’impatto del reato sulla libertà di parola⁹⁹¹.

Questo “scetticismo” verso i tentativi di delimitazione del campo di intervento della fattispecie di negazionismo, rischia però di eludere il problema della ricerca di un accettabile approdo sul terreno dell’offensività, accontentandosi di giustificare l’incriminazione in virtù del rango supremo attribuito allo (spiritualizzato) interesse tutelato⁹⁹². Come si avvertiva già qualche decennio fa, non bisogna difatti confondere “il problema della lesività con quello, ben diverso, del bene giuridico”⁹⁹³. È comunque fuor di dubbio che affidarsi all’istigazione non soppesce i dilemmi dello studioso, radicati fondamentalmente nell’intrinseca evanescenza dell’accertamento della

in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 802 ss. Per alcune indicazioni bibliografiche di base sul principio di offensività, v. *supra*, nota 887.

⁹⁸⁹ M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale*, cit., p. 99. Sulla concezione del reato come offesa del bene giuridico, v. *supra*, nota 13.

⁹⁹⁰ F.C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità*, cit., p. 367.

⁹⁹¹ C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, cit., pp. 221-222, che dubita della maggiore affidabilità di un modello di incriminazione basato sull’istigazione, rispetto a figure soggette a più aspra critica dottrinale quali l’apologia e la propaganda, che normalmente vengono ricondotte al primo tipo criminoso proprio come risposta garantista all’eccessiva intrusione penale entro il campo della libertà di espressione. L’Autore conclude che, comunque si costruisca la fattispecie di negazionismo, “rimane ineluttabile il sacrificio del [fondamentale diritto di parola]: da qui la necessità di giustificarne adeguatamente la limitazione in nome della tutela di altri bene o valori concorrenti, senza tuttavia trovare rifugio in formule stereotipate o, peggio, falsamente risolutive” (*ibid.*, p. 222).

⁹⁹² V. *supra*, § IV.5.1. Su come questa clausola della Decisione quadro confermi l’adesione del legislatore dell’Unione europea ad una concezione oggettivistica del diritto penale, v. *supra*, nota 327 e relativo corpo del testo.

⁹⁹³ L. STORTONI, *L’incostituzionalità dei reati di opinione: una questione “liquidata”?*, in *Foro it.*, 1979, I, p. 900.

causalità psicologica, discendente dalla difficoltà di costruire il nesso eziologico in fattispecie che non contemplano un mutamento materiale – suscettibile cioè di percezione sensoria – del mondo esteriore che possa fungere da riferimento per il giudizio di idoneità lesiva⁹⁹⁴.

Già agli albori dell'ordinamento repubblicano si segnalava inoltre la difficoltà di tracciare i confini della libertà di espressione basandosi sulla non facile distinzione tra “manifestazione costituente espressione di un intendimento

⁹⁹⁴ M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000, pp. 335 ss., identifica i motivi di insoddisfazione suscitati dal requisito dell'idoneità, ossia dal modello strutturale del pericolo concreto, nel mancato ancoraggio alla realtà materiale del secondo termine della relazione probabilistica tra i due elementi del reato coinvolti in tale giudizio, nonché nella labile contiguità temporale tra situazione pericolosa ed evento lesivo; inoltre, con specifico riferimento ai reati politici, l'Autore rileva il carattere più storico-sociologico che scientifico delle leggi di esperienza che dovrebbero guidare il procedimento logico (*ibid.*, pp. 337 ss.). Come precisa E. GALLO, *Il principio di idoneità nel delitto di pubblica istigazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 1515-1516, premesso che la fattispecie di istigazione tutela, seppur in via anticipata, lo stesso bene giuridico cui si rivolge il delitto oggetto di istigazione, il contenuto di offensività delle due figure non risulta coincidere: l'oggetto dell'accertamento di idoneità nell'istigazione consiste infatti nel “far sorgere nella mente del pubblico che ascolta [...] l'idea e il proposito di compiere il delitto”, non nella perpetrazione del reato istigato (altrimenti si avrebbe concorso morale nello stesso). Se già normalmente questo tipo di giudizio prognostico si rivela arduo, questa difficoltà aumenta esponenzialmente nel caso qui in esame, in cui occorre stabilire se la parola ha suscitato un mero mutamento del foro interno, fomentando un sentimento di odio rivolto verso un determinato gruppo di individui. Diverso, come già accennato, il caso dell'incitamento ad atti di violenza, il quale però finisce con il sovrapporsi con altre ipotesi criminose già previste dall'ordinamento per mezzo della generale disposizione *ex art.* 414 c.p. Si osservi come anche T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del Titolo I, Libro II, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 39, affermi che per evitare che i reati di istigazione ed apologia si risolvano nella pura repressione del dissenso ideologico, occorre una loro duplice connessione con i reati che ne costituiscono l'oggetto: da un lato, sono volti alla tutela del loro stesso bene giuridico, sebbene in forma anticipata; dall'altro, la loro condotta deve risultare idonea a “suscitare o rafforzare propositi criminosi”, mettendo in evidenza, in relazione alle sue specifiche circostanze concrete, un “effettivo connotato di pericolosità”.

pratico” e “manifestazione di pensiero pura e semplice”⁹⁹⁵. Infine, come sopra già tratteggiato⁹⁹⁶, sussiste un serio rischio che il fulcro dell’accertamento, data la carenza di tipicità della condotta⁹⁹⁷, finisca per concentrarsi sui motivi del soggetto agente, scivolando così verso un diritto penale d’autore.

Tuttavia, il punto chiave che ci induce a dubitare della desiderabilità dell’incriminazione del negazionismo, fosse anche nell’ambito di una fattispecie modellata sull’istigazione, risiede a nostro avviso sul piano dell’*efficacia*⁹⁹⁸. Non si è infatti convinti delle capacità di uno strumento per

⁹⁹⁵ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, cit., p. 51.

⁹⁹⁶ V. *supra*, § II.8.3. Se è vero che Di Giovine ha identificato la cifra offensiva del negazionismo in beni quali l’onorabilità e il diritto all’identità del gruppo ebraico, è altrettanto vero che, essendo questi elementi agganciati ad un reato di pericolo presunto, non si richiede una loro effettiva lesione, considerata inerente alla condotta conforme al tipo. In questo modo ci si trova però a legittimare un illecito di mera disobbedienza che, come tale, non può che colpire l’opinione sulla base del suo contrasto con il nucleo di valori ritenuti coessenziali all’attuale ordine costituito. In questi casi, come ha sottolineato, in riferimento ad altre fattispecie, C. FIORE, *I reati di opinione*, 1972, cit., p. 56, la ragione sottesa alla punibilità dell’espressione non risiede tanto nei suoi potenziali effetti dell’espressione, quanto nel suo *contenuto*.

⁹⁹⁷ Per una proposta tesa a ricondurre i reati di opinione agli imperativi costituzionali di tassatività, materialità ed offensività, v. L. ALESIANI, *I reati di opinione: una rilettura in chiave costituzionale*, cit., spec. pp. 183 ss., che suggerisce una rivalutazione del disvalore di evento nella struttura dell’illecito; in questo quadro dogmatico, il pericolo (di commissione di reati) andrebbe inteso come “*evento, in senso tecnico, del fatto*, e cioè *evento in senso naturalistico*” dei reati di provocazione (*ibid.*, p. 211); precisa, ancora, l’Autore, che occorrerebbe aggiungere alla descrizione criminosa, in sede di futura tipizzazione legislativa, il requisito dell’*imminenza* del pericolo, così da garantire “un rapporto di stretta contiguità temporale fra situazione pericolosa ed eventuale risultato lesivo” (*ibid.*, pp. 240-241).

⁹⁹⁸ Cfr. L. STORTONI, *Diritti dell’uomo ed emergenza: (l’eredità de)gli anni di piombo*, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell’uomo e sistema penale*, vol. II, Napoli, 2002, p. 41, che giudica lo strumento penale “strutturalmente inadeguato” a governare questo genere di complesse problematiche non solo in ragione dei suoi “costi esorbitanti” (sul piano delle garanzie individuali), ma anche a causa della sua incapacità di attuare lo scopo. V., altresì, gli spunti offerti dal dibattito: L. STORTONI (a cura di), *Il diritto penale giurisprudenziale*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 2/1991, pp. 7 ss.

sua natura intollerante⁹⁹⁹ – il diritto penale – di innalzare il livello di tolleranza di una data comunità¹⁰⁰⁰. Nemmeno un qualche effetto positivo può discendere in termini di tutela *effettiva* delle minoranze, come dimostrano alcune ricerche in cui si conclude sottolineando due decisivi aspetti. In primo luogo, i divieti penali vertenti sui “discorsi odiosi” (*hate speech*) non hanno contribuito – nei paesi analizzati – a migliorare le condizioni di discriminazione ed odio verso i gruppi vulnerabili, anzi potrebbero aver giustificato la disattenzione verso tali problematiche. In secondo luogo, si sottolinea come in gran parte dei contesti nazionali presi in considerazione le leggi sull’*hate speech* siano state sfruttate per sopprimere le opinioni dei gruppi minoritari o quelle critiche verso il governo, o siano comunque state utilizzate in modo arbitrario¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁹ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., p. 24, il quale afferma che il diritto penale costituisce “per definizione l’intervento giuridico più intollerante dello Stato”; un sistema la cui “cultura, nei secoli, non è stata quella di difesa del pluralismo e della tolleranza, ma di definizione delle soglie di intolleranza”.

¹⁰⁰⁰ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 101, il quale: “È puramente illusorio, se non mistificatorio, pensare di poter combattere fenomeni di barbarie, culturale e non, con fattispecie di opinione. Anzi, la consequenziale punizione a campione [...] finisce per vittimizzare l’autore e, quindi, per fungere da fattore di possibile aggregazione di consensi intorno al fenomeno che si intendeva combattere”. Contrarietà a queste misure esprime pure J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1982), trad. it. di U. Santini, Milano, 2002, p. 190, a parere del quale: “le libertà di cui godono gli intolleranti potranno persuaderli a credere nella libertà”. Propende per gli strumenti dialogici dell’educazione e del confronto aperto rispetto a quelli repressivi del diritto penale, S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi Marinucci*, cit., vol. I, p. 150. Sembra, allora, che una tale legislazione sia volta, più che alla prevenzione dei reati, ad esprimere la disapprovazione delle istituzioni pubbliche verso sentimenti eticamente riprovevoli; così, in riferimento però all’apologia di genocidio, G. FIANDACA, *Nota a Cass. pen., sez. I, sent. 29 marzo 1985*, cit., pp. 20 s.; nello stesso senso, L. STORTONI, *Le nuove norme contro l’intolleranza*, cit., spec. pp. 14 e 20.

¹⁰⁰¹ S. COLIVER, *Hate Speech Laws: Do They Work?*, in S. COLIVER, K. BOYLE, F. D’SOUZA (a cura di), *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 363-374. V., altresì, E. HEINZE, *Viewpoint Absolutism and Hate Speech*, in *The Modern Law Review*, vol. 69, 2006, pp. 577-578, che osserva la difficoltà (se non l’impossibilità) di uno studio che dimostri la connessione tra *hate speech* e il generale clima di intolleranza;

A fronte di tale dubbia efficacia a raggiungere i risultati cui siffatto reato di opinione dovrebbe tendere, dunque, non sembra ragionevole ammettere nel regno del diritto penale liberale una fattispecie incapace di resistere a torsioni applicative che la volgano contro discorsi non “odiosi” ma semplicemente “odiati”, cioè sgraditi all’autorità¹⁰⁰². Per riprendere le parole di Luigi

l’Autore inoltre critica la contraddizione di chi promuove l’introduzione di divieti riguardanti tali discorsi basandosi sui dati dimostranti un’incremento del fenomeno razzista e xenofobo: quest’ultimo dato statistico dovrebbe infatti comprovare l’inefficacia delle leggi contro l’*hate speech*, vista la loro ormai ventennale operatività (asseritamente, senza visibili risultati) in quasi tutti gli Stati europei; A.C. DESAI, *Attacking Brandenburg with History: Does the Long-Term Harm of Biased Speech Justify a Criminal Statute Suppressing It?*, in *Federal Communications Law Journal*, 2003, pp. 353 ss., che mette in dubbio la relazione causale tra i “discorsi odiosi” e l’insorgenza di un danno sociale a lungo termine, facendo notare come la storia non dimostri che una legislazione restrittiva di questo tipo di espressioni avrebbe potuto impedire tragedie quali l’Olocausto (la Repubblica di Weimar, ad esempio, disponeva e faceva largo utilizzo di reati di opinione); se anche esistente, una qualche correlazione tra divieto penale e riduzione dell’*hate speech* – sostiene l’Autore – sarebbe comunque minima; C. FIORE, *I reati di opinione*, 1972, cit., p.164, che nota il carattere “paradossale” delle restrizioni alla libertà di pensiero nelle democrazie: “quando sarebbe presumibilmente efficace, la repressione appare inutile e si accanisce, di regola, contro provvidi fermenti della vita politica; mentre, allorché sembrerebbe raccomandabile [...], appare progressivamente sempre più inefficace, e trae con sé i germi di nuovi, più minacciosi pericoli per la prassi democratica”. V., altresì, M. MALIK, *Extreme Speech and Liberalism*, in I. HARE-J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, cit., pp. 97 e 103, che nota come non ci sia mai stato un reale dibattito sulle capacità del diritto penale antidiscriminatorio di tutelare le minoranze.

¹⁰⁰² Per un elenco di problematiche sollevate dalle *hate speech laws*, individuate dalla dottrina nordamericana, v. M. MANETTI, *L’incitamento all’odio razziale*, cit., pp. 124-125, la quale conclude auspicando l’abolizione del reato di incitamento all’odio (*ibid.*, p. 128). Critici rispetto alla criminalizzazione della propaganda razzista anche M. AINIS, *Valore e disvalore della tolleranza*, in *Quad. cost.*, 1995, pp. 441 ss. e, più in generale, L.C. BOLLINGER, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, New York-Oxford, 1986 (trad. it. di I. Mattei, *La società tollerante*, con presentazione di P. Caretti, Milano, 1992).

Stortoni, si tratterebbe, anche nel caso qui in esame, di una scelta repressiva “non solo discutibile sul piano etico, ma altresì sterile”¹⁰⁰³.

Per evitare, dunque, che un giorno un governo – così come oggi vorrebbe “confermare penalmente” che un genocidio ebbe luogo – possa negarne l’esistenza punendone l’affermazione, è necessario che, valorizzando il suo “orientamento costituzionalistico”, l’ordinamento penale faccia “*resistenza a spinte incriminatrici internazionali di matrice illiberale*”¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰³ L. STORTONI, *Diritti dell’uomo ed emergenza: (l’eredità de)gli anni di piombo*, cit., p. 41.

¹⁰⁰⁴ M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti, cit., p. 1576.

ENGLISH SUMMARY*

*Submitted Pursuant to Article 9 of the Agreement
for the Co-direction of a PhD Thesis Between the Alma Mater Studiorum –
University of Bologna and the Humboldt-Universität zu Berlin*

TABLE OF CONTENTS

I. Outline	353
II. Denialism in Europe: The EU Framework Decision on Racism and Xenophobia and Domestic Systems	357
1. Introduction.....	357
2. The Framework Decision's Legal Background	358
2.1. European Instruments against Racism and Xenophobia	358
2.2. Domestic legal frameworks	359
3. Overview of the Framework Decision.....	361
3.1. The Legal Definition of Denialism in the Decision	361
3.2. The Optional Elements of Crime and Other Restrictive Clauses	362
3.3. Any Harmonising Effects?	364
4. Expansive trends towards a wider criminalisation of denialism	366
5. On a Slippery Slope: Recent Cases of Denialism Beyond Holocaust Denial	367
6. The Crime of Denialism: General Remarks	370
III. Evolution of the European Court of Human Rights' Case Law on Denialism.....	375
1. Introduction.....	375
2. Freedom of expression under Article 10	376
3. Holocaust Denial Before the Strasbourg Organs: Evolution of an Exceptional Regime.....	379
3.1. First Stage: Application of General Principles on Freedom of Expression.....	379
3.2. Second Stage: Application of Article 17 as Principle of Interpretation.....	380
3.3. Third Stage: Article 17 as The Categorical Exclusion of Holocaust Denial from the Protection of Article 10	383
3.3.1. At the Origins of the Category: The <i>Lehideux</i> case.....	383
3.3.2. Some Critical Remarks on <i>Lehideux</i>	384
3.3.3. <i>Lehideux</i> Principles in Practice: The <i>Garaudy</i> and <i>Witzsch</i> cases	386
4. The Scope of the Abuse Clause	388
4.1. Protection of the Democratic System	388
4.2. Racism and Other Forms of Hate Speech.....	390
4.3. Protection of Victims' Dignity	391
5. A Gravity Threshold in the Application of the Abuse Clause.....	392

* For complete bibliographic citations, please refer to the Italian version of this PhD thesis.

6. Holocaust Denial vis-à-vis the Case law on Article 17: Exception to an Exceptional Regime	395
7. Article 17 to Cover All International Crimes? Towards a Fourth Stage in the Strasbourg Case Law	397
8. Conclusion.....	399
IV. Final remarks	403

I. OUTLINE

The memory of the Holocaust still divides Europe almost seven decades after the end of the Second World War. The split among the States of our continent has emerged with respect to the appropriate legal response to confront a peculiar manifestation of racism – the denial of the Holocaust. While some European countries have had recourse to criminal law to fight against it, others do not consider the gravity of this kind of expression alone to be such as to warrant criminal punishment.

The reason for this different attitude towards Holocaust denial might be found partly in history and partly in present-day trends concerning racism. Since the 1960s with the Eichmann trial in Israel and the *Auschwitz-Prozess* in Germany, the injustice of the Holocaust has been placed at the heart of the set of values upon which some European States have grounded their political legitimacy. In those countries, the surge of racist and anti-Semitic statements denying the reality of the Nazi atrocities that appeared since the late 1980s is proving to be more disturbing than in other contexts, since not only do such expressions attack the dignity of a group, but they also strike at such States' axiological foundations.

The Holocaust is also the cataclysmic event from which European institutions have originated in an effort to ensure a “never again.” Both the Council of Europe – with its European Convention on Human Rights (hereafter ‘ECHR’ or ‘the Convention’) – and the European Union (‘EU’) had their impetus in the scourge of the crimes committed during the Second World War.

These two systems are now in a delicate position that raises a need for deep investigation. They have to cherish and protect the memory of a historical event that is central to their own identity, whereas at the same time promoting the respect of fundamental rights such as freedom of speech. In this dynamic they also have to take into account the new demands coming from the countries formerly belonging to the Soviet block, whose political systems draw legitimacy from a different scheme of memory, namely the rejection of communist crimes.

The present study aims to analyse the legal treatment of Holocaust denial by these two European institutions in order to verify the requests and principles addressed to their respective Member States. The first section seeks to identify the obligations stemming from the EU legal system, the institutional mandate of which is to harmonise criminal legislation of Member States by setting some basic common elements. Notably, the impact on domestic systems of the Framework Decision 2008/913/JHA on racism and xenophobia (‘the Decision’) shall be assessed.

This European act envisages for the first time the punishment of the denial of all core international crimes rather than that of the Holocaust only. Nevertheless, the Decision does allow States to limit the scope of punishable conduct by introducing a number of additional elements in the crime's definition. For example, domestic legislation may outlaw the denial of past atrocities only to the extent the expression is likely to incite to racial hatred or violence, or in so far as it threatens public peace. In this way, States are at liberty to choose between criminalisation of denial as such (the so-called *einfache Auschwitzlüge*) and that of narrower conduct, consisting of acts qualified by further conditions aimed at singling out expressions likely to endanger the protected interest (the so-called *qualifizierte Auschwitzlüge*). This study will offer an overview of these optional ingredients of crime, as defined in the Framework Decision, assessing whether the qualified model of criminalisation is more protective of free speech than that of banning mere denial.

The second part of this investigation shall turn to the jurisprudence of the European Court of Human Rights ('the Court' or 'ECtHR') to examine the relationship between Holocaust denial as a crime and the right to freedom of expression, with a view to deducing the principles with which States have to comply in the criminalisation of this kind of utterance. The present study will highlight an overlooked facet of the Court's case law in this field. As a rule, one would tend to expect a number of safeguards aiming to guarantee that a minimum level of freedom of speech is secured, through a balancing exercise involving other countervailing interests such as human dignity and freedom from racial discrimination. In other words, the jurisprudence of the ECtHR ought to set the boundaries of criminal law measures restricting public debate.

However, the principles inferred from the Strasbourg case law in decisions concerning Holocaust denial are far from being opposed to the directives coming from the aforementioned EU legislation. These expressions are not subject to the balancing test foreseen by Article 10 of the ECHR, but categorically excluded as such from the scope of the free speech clause by virtue of Article 17 of the ECHR.

The application of Article 17 brings to light another aspect of the criminalisation of Holocaust denial. This provision was included in the Convention as an additional guard against totalitarian activities. Its application recalls the exigency to protect democracy against opinions that, as said, are at odds with the foundations of the political system. The scope of its applicability, however, is on the rise. From Holocaust denial, Article 17 is extending its reach to a broader set of expressions, including the denial, approval or justification of several other serious crimes. This development is not simply an alignment with the above-mentioned EU Framework Decision, which encourages the punishment of the denial of all core international crimes, but it goes

even further, since it appears that expressions of denial might be banned – and speech accordingly restricted – independently of any indicia of harm.

We shall thus attempt to expose the interactions between the two regional systems of the EU and the ECHR. While their respective institutional mandates would seem to lead towards a certain degree of contrast between a demand for further criminalisation and the imposition of minimum standards regarding human rights, the following analysis will uncover that this is not an accurate picture of reality.

II. DENIALISM IN EUROPE: THE EU FRAMEWORK DECISION ON RACISM AND XENOPHOBIA AND DOMESTIC SYSTEMS

1. Introduction

The European Union's Framework Decision 2008/913/JHA¹ entered into force after protracted negotiations among Member States which reflected the controversial nature of the issues addressed therein. The Decision has its origins in anti-racism policies pursued by the EU since the mid 1980s and covers a wide range of measures designed to counter racism and xenophobia. Above all, it foresees for the first time criminal provisions seeking to ban not only the denial, justification or gross trivialisation of the Holocaust alone, but also that of most other core international crimes – an array of conduct termed here 'denialism' or 'negationism'.²

¹ Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, O.J. L 328/55, 6.12.2008.

² On the crime of denialism, *see generally*, in Italian: E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milan, 2012; M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in A. DI GIOVINE (eds.), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Turin, 2005, 103; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Turin, 2008, 217 et seq.; A. DI GIOVINE, *Il passato che non passa, "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, XIV; J. LUTHER, *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2008, 1192; D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milan, 2012; A. MERLI, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Naples, 2008; in German: C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in E. DOLCINI E C.E. PALIERO (eds.), *Studi Marinucci*, Vol. I, Milan, 2006, 730; G. WERLE, *Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Strafrechtswissenschaft*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, 2530; T. WANDRES, *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*, Berlin, 2000; T. HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, Frankfurt a.M., 2005; D. BEISEL, *Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, 997; B. ZABEL, *Soll das Strafrecht Erinnerungen schützen? Einige Anmerkungen zum Verhältnis von Norm und Geschichte am Beispiel des Auschwitz-Leugnens gem. § 130 Abs. 3 StGB*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2010, 834; S. DIETZ, *Die Lüge von der "Auschwitzlüge" – Wie weit reicht das Recht auf Meinungsäußerung*, in *Kritische Justiz*, 1995, 210; H. BORGWARDT, *Die Strafbarkeit der "Auschwitzlüge"*, in H. OSTENDORF (eds.), *Rechtsextremismus. Eine Herausforderung für Strafrecht und Strafrechtswissenschaft*, Baden-Baden, 2009, 233; A. LAITENBERGER, *Die Strafbarkeit Der Verbreitung Rassistischer, Rechtsextremistischer Und Neonazistischer Inhalte: Unter Besonderer Beruecksichtigung Der Verbreitung Ueber Netzwerke Ein Rechtsvergleich*, Frankfurt a.M., 2003; S. HUSTER, *Das Verbot der "Auschwitzlüge", die Meinungsfreiheit und das Bundes-verfassungsgericht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, 487; K. KÜHL, *Auschwitz-Leugnen als strafbare Volksverhetzung?*, in K. BERNSMANN, K. ULSENHEIMER (eds.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, Köln, 2003, 103; in other languages: T. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Etude de droit comparé*, Paris, 2013; E. FRONZA, *The Criminal Protection of Memory. Some Observations About the Offence of Holocaust Denial*, in L. HENNEBEL, T. HOCHMANN (eds.), *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011, 155; R. KAHN, *Holocaust Denial and the Law. A Comparative Study*, New York, 2004; ID., *Cross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech Law in the United States and Germany*, in *University of Detroit Mercy Law*

On 28 November 2010 the deadline set for the implementation of the Decision by EU Member States expired. Most legal systems in Western Europe have not adopted significant measures of execution as of yet.³ As regards the countries previously included within the Soviet bloc, instead, the Decision reinforced a drive for a wave of legislation dealing with past atrocities. Notably, they introduced measures to ban denial related to the crimes committed by former communist regimes.

The goal of this chapter will be to demonstrate that the criminalisation of denialism raises a number of concerns in respect of the principle of legality – due to the vagueness in the crimes’ definition – and the right to freedom of speech and historical research – caused by the unqualified prohibition of a wide spectrum of conduct. It will be argued that denialism should only be punished, if at all, where it falls within existing hate speech crimes.

2. The Framework Decision’s Legal Background

2.1. *European Instruments against Racism and Xenophobia*

The European Union’s anti-racism policy, of which the Decision comes as a latest step, dates back to the 1980s and includes a number of declarations, actions, campaigns and legislation.⁴

The Decision descends from, and repeals, the Joint Action of 15 July 1996 concerning action to combat racism and xenophobia,⁵ which represents the first EU-wide attempt to harmonise the criminal response to denialism. The Joint Action purported inter alia to strengthen the judicial cooperation around the offences of “public condoning, for a racist or xenophobic purpose, of crimes against humanity and human

Review, 2006, 163; W. BRUGGER, *Ban On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law*, in *Tulane European & Civil Law Forum*, 2002, 1; E. STEIN, *History Against Free Speech: The new German Law Against the ‘Auschwitz’ – and other – ‘Lies’*, in *Michigan Law Review*, 1986, 277.

³ See e.g., *Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008 [...]*, 16 March 2011 (implementing the Framework Decision by extending the reach of § 130 StGB so as to cover incitement to hatred and violence against national, ethnic or religious groups, groups defined by their traditions, and individual members of such groups). See, for a comment on German implementing legislation, S. BOCK, *Die (unterlassene) Reform des Volksverhetzungstatbestands*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2011, 46.

⁴ See e.g. Joint Declaration by the European Parliament, the Council and the Commission against racism and xenophobia, 11 June 1986, O.J. C 158, 25.6.1986; Council Regulation (EC) No. 1035/97 of 2 June 1997; Article 19 of the Treaty on the Functioning of the European Union (‘TFEU’) (ex Article 13 Treaty establishing the European Community (‘TEC’)); European Parliament resolution No. B5-0766/2000, 21 September 2000, O.J. C 146, 17.5.2001.

⁵ Joint action/96/443/JHA of 15 July 1996, O.J. L 185, 24.07.1996 (‘Joint Action’).

rights violations” and “public denial of the crimes defined in Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal.”⁶

This European act, however, failed to have a substantial impact in advancing the harmonisation of legislation on denialism. For one thing, the binding effect of joint actions as such was dubious at best (due to this uncertainty joint actions have later been replaced by framework decisions).⁷ Secondly, the call for the prohibition of denialism was restricted to those expressions “includ[ing] behaviour which is contemptuous of, or degrading to, a group of persons defined by reference to colour, race, religion or national or ethnic origin.”⁸ It was for each State therefore to decide whether to introduce an express provision banning denialism, or punish it only insofar as it amounted to contemptuous or degrading behaviour. The latter choice permitted States, in effect, to not take any measures to implement the Joint Action, considering that these general provisions against hate speech were already widely in force throughout Europe.

As a result European domestic systems remained fundamentally divided between express prohibition of denialism and general provisions against hate speech under which denialism may be implicitly punished.

This dichotomy of approaches emerged also in relation to the Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, adopted by the Council of Europe.⁹ While its Article 6(1) requires States Parties to introduce the crime of denialism, Article 6(2) allows State Parties to restrict the scope of the prohibition to the acts committed with the intent to incite hatred, discrimination or violence, or otherwise reserve the right not to apply, in whole or in part, Article 6(1).

Nevertheless, the limited progress in the Additional Protocol’s domestic implementation shows once more the cautiousness of States in this matter.¹⁰

2.2. Domestic legal frameworks

The same split among European States is reflected in the domestic legislation on denialism, with which the Decision is destined to interact. In addition to this “*summa divisio*” between explicit and implicit prohibition, there is a further distinction to be

⁶ Joint Action, Title I, A (b) and (c).

⁷ Consolidated Version of the Treaty on European Union, O.J. C 325/7, 24.12.2002, Articles 29, 31(1)(e) and 34(2)(b) (laying down the legal regime of framework decisions after the Treaties of Amsterdam and Nice).

⁸ Joint Action, Title I, A (c).

⁹ Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, 28.01.2003, ETS No. 189.

¹⁰ At the time of research (March 2013), only 20 out of 47 Council of Europe’s members have ratified the Protocol, while eight of them entered declarations or reservations aiming at restricting the scope of Article 6 (source: <http://conventions.coe.int> (Last access: 18 March 2013)).

drawn. Some systems – like France¹¹ and Austria¹² – punish Holocaust denial as such, that is, without any additional requirements. Others limit the scope of the offence by introducing a wide range of varied conditions aimed at restricting the contours of criminal responsibility to the most harmful behaviours, thus adopting a ‘qualified’ model of incrimination.

In the field of express criminalisation, States differ not only with regard to the additional elements embedded into the basic form of the crime, but also, and most significantly, in relation to which historical facts are banned from being denied or justified. While some systems restrict the scope of the prohibition to the Holocaust only,¹³ others outlaw the denial of genocide, crimes against humanity and war crimes.¹⁴

A further development has been on prominent display in an ongoing dispute engaged by a number of Eastern European countries. In an effort to deal with their common past of Soviet control, starting from the late 1990s, legislation has been passed to outlaw the denial, justification or approval of crimes committed by “communists” or by “totalitarian regimes.”¹⁵ This trend underlines the attempt by these States to place the Nazi and communist crimes on the same level, overcoming a differing normative treatment perceived as unfair. The issue was raised also in the course of the negotiations on the Decision, but ultimately such demand remained unsatisfied.¹⁶

¹¹ Law on Freedom of Press of 29 July 1881 as amended by Law No. 90-615, 13 July 1990 (‘Loi Gayssot’), Article 24 *bis*.

¹² Law against national-socialist activities in Austria (‘Verbotsgesetz’), effective 18 February 1947, as amended on 26 February 1992, Federal Gazette 148/1992, § 3(h).

¹³ See e.g., in addition to France and Austria, Belgium (Law of 23 March 1995, Article 1), Romania (Emergency Ordinance No. 31, 13 March, 2002, Article 6) and Germany (Criminal Code (‘Strafgesetzbuch’), § 130). See, for a comprehensive panorama, T. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d’expression. Etude de droit comparé*, Paris, 2013; C. CLOSA MONTERO, *Study on how the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europe is dealt with in the Member States*, January 2010; R. KAHN, *Holocaust Denial and the Law. A Comparative Study*, New York, 2004; *Combating Racism and Xenophobia Through Criminal Legislation: The Situation in the EU Member States*, EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Opinion No. 5-2005, 28 November 2005; INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Étude comparative sur la négation des génocides et des crimes contre l’humanité*, Losanne, 12 December 2006.

¹⁴ See e.g., Spanish Criminal Code, Article 607(2) (against genocides’ justification); Luxembourgian Criminal Code, Article 457-3 (targeting Holocaust and other genocides), Liechtenstein’s Criminal Code, § 283(1)(5) (genocide or other crimes against humanity, but see the defence provided for by § 283(3)); Swiss Criminal Code, Article 261 bis(4) (genocide and crimes against humanity); Slovenian Criminal Code, Article 297 (genocide, crimes against humanity and war crimes).

¹⁵ See e.g., Czech Criminal Code (New), effective 01 January 2010, § 405; Polish Law establishing the Institute of National Remembrance, 18 December 1998, Articles 1 and 55; Hungarian Criminal Code as amended in June 2010, Article 269(c); Slovak Criminal Code, Article 422(d); Lithuanian Criminal Code as amended on 15 June 2010, Article 170-2.

¹⁶ Despite the pressure exercised for the inclusion of the crimes committed by communist regimes, the most these States could achieve was the Council’s “deploration” of such crimes and a declaration that the matter will be re-examined in two years (Council of the European Union, Addendum to Draft Minutes, 16395/08 ADD 1, PV/CONS 75, 27 January 2009, Item 45, Statement by the Council). In 2010 the European Commission finally brought the controversy to an end by declaring that, due to the different measures adopted even among Member States with similar experiences of totalitarian regimes, the conditions for extending the Decision’s scope of application do not presently exist (Report from the

3. Overview of the Framework Decision

3.1. *The Legal Definition of Denialism in the Decision*

The highly contentious nature of the crime of denialism is further confirmed by the lengthy and troubled seven-year negotiating history of the Decision. Though the first draft had been proposed by the Commission in 2001, unanimous agreement could not be achieved before April 2007, and the decision was finally issued on 28 November 2008 in a much less stringent form, carefully worded to settle the concerns of all Member States.¹⁷

Article 1 of the Decision stipulates that Member States make punishable the conduct of publicly condoning, denying or grossly trivialising the following international crimes: (a) genocide, crimes against humanity and war crimes as defined in the Statute of the International Criminal Court and, (b) the crimes defined in Article 6 of the Charter of the Nuremberg Tribunal. Therefore, the Decision does not merely focus on the Holocaust or the acts committed by the Nazi regime, but it rather extends to nearly the totality of core international crimes. Concerns about excessive restrictions upon free speech voiced by many States, however, caused the final version of the Decision to be diluted by introducing additional clauses that limit its potential impact on the national legal systems.

To begin with, the public condoning, denial or trivialisation of a crime is required to be punished only in so far as “the conduct is carried out *in a manner likely to incite to violence or hatred*” against a group (or one of its members) defined by reference to race, colour, religion, descent or national or ethnic origin (Article 1(1)(c) and (d)).¹⁸ This definition does not bind Member States to make negationism punishable *per se*. Rather, it seems that, in its current wording, the crime of denialism is subsumed under the broader crime of incitement to hatred or violence provided for under Article 1(1)(a) of the Decision. In other words, the Decision requires criminalisation of

Commission to the European Parliament and to the Council: The memory of the crimes committed by totalitarian regimes in Europe, Brussels, 22 December 2010, COM(2010) 783 final, here at 10).

¹⁷ See e.g., for some comments on the Decision, L. PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*, Jean Monnet Working Paper n. 10/09 (Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1536078> (Last access: 18 March 2013)); S. BOCK, *Die (unterlassene) Reform des Volksverhetzungstatbestands*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2011, 46; M. HELLMANN, J. GÄRTNER, *Neues beim Volksverhetzungstatbestand – Europäische Vorgaben und ihre Umsetzung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, 961; P. LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, n. 3/2011, 109; B. RENAULD, *La décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l'Union Européenne: du nouveau en matière de lutte contre le racisme?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, 119; J.J. GARMAN, *The European Union combats racism and xenophobia by forbidding expression: an analysis of the Framework Decision*, in *University of Toledo L. Rev.*, 2008, 843; M. BELL, *Racism and Equality in the European Union*, Oxford, 2008, 164-168.

¹⁸ Emphasis added.

denialism only to the extent an expression amounts to public incitement to hatred or violence. Therefore, denialism appears to be defined as a sub-species of the latter conduct.

This interpretation inevitably calls into question the autonomous meaning of Article 1(1)(c) and (d) and, accordingly, the effects of European apparent support for an express prohibition of denialism. Considering that the conduct of denialism as drafted in the Decision is already generally punishable in all Member States under other more general dispositions against hate speech, the Decision's legal impact is likely to be minor. This seems to be all the more true, considering that non-compliance with the obligations stemming from framework decisions as a whole is not yet subject to penalties in the EU legal system.¹⁹

3.2. *The Optional Elements of Crime and Other Restrictive Clauses*

In addition to this important restriction deriving directly from the definition of the crime, the Decision includes other two clauses allowing States to further reduce the range of punishable expressions when implementing the Decision in their own national systems. They operate as optional elements that each State *may* decide to add to the crime's domestic definition and would accordingly need to be established during criminal proceedings for the conduct to be considered unlawful in that country. The goal pursued by the drafters was to enable States to confine punishment to conduct carried out in a manner that threatens or harms a protected interest such as public order or the reputation of others.

The first optional element draws from the German archetype. This provision permits States to choose whether "to punish only conduct which is either carried out in a manner likely to disturb public order."²⁰ It is not clear whether this clause is capable of effectively restricting the scope of punishable expressions to those in which the harmful effect is actually demonstrated. As an example, whereas German legislation criminalises only conduct which poses a threat to public peace – a notion akin to public order – German courts adopted an interpretation according to which, in effect, any denial or minimisation of the Holocaust fulfils *per se* this requirement.²¹ In so doing, judges have

¹⁹ TFEU, Articles 258-260 in conjunction with Protocol No. 36, Title VII, Articles 9-10.

²⁰ Decision, Article 1(2).

²¹ *Bundesgerichtshof*, 8 August 2006, 5 StR 405/05, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2007, 216, here at 217; *Bundesgerichtshof*, 12 December 2000, 1 StR 184/00, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, Vol 46, Berlin, 2001, 212, here at 219 et seq. (qualifying the crime as *Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte*). See T. LENCKNER, D. STERNBERG-LIEBEN, *sub* § 130, in *Strafgesetzbuch*, 28th ed., Munich, 2010, here at 1418 (noting that, in relation to the denial of the Holocaust, the disturbance to public peace requirement is fulfilled by the fact that such utterances are capable of reviving a feeling of insecurity among Germany-living descendants of genocides' victims); T. FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 60th

de facto obliterated an element aimed at restricting the scope of the crime to expressions that – upon an assessment of the circumstances of the case – could be considered as likely to jeopardise public order.

While in Germany this requirement has been in effect annulled by the courts' interpretation, it might still play a valuable role if introduced in other systems that conform to its original role as element that must be established on a case-by-case basis. In this regard, it may become useful especially in respect of expressions the dangerous character of which is not considered self-evident, such as the denial of the Armenian or Srebrenica genocides. A restriction on free speech thus could only be upheld as a consequence of a genuine and case-specific assessment of the case as a whole. Ultimately, the capacity of this optional element to strike a reasonable balance between the opposing interests of freedom of speech and public order is dependent on the judicial interpretation given to it by domestic courts.

According to the second optional element, Member States may elect to confine criminal punishment to the denial or gross trivialisation of the crimes that have been established by a final judicial decision,²² similarly to the French *loi Gayssot*. Although, unlike the public order limitation, this clause permits a State to precisely tailor the desired scope of the crime, its main shortcoming is that it fails to ensure the equal treatment of victim-groups. It encompasses, for instance, the crimes committed during the Holocaust, given that they were established by the Nuremberg International Tribunal, and yet excludes the Armenian massacre merely because it has never been adjudicated by a court of law.

This is not to say that the scope of the crime of denialism ought to be expanded to include a vast group of events in addition to the Holocaust. The goal here is simply to highlight the unfair consequences to which this clause may lead, when it is transplanted

ed., Munich, 2013, *sub* § 130, 976 et seq.; F. STRENG, *Das Unrecht der Volksverhetzung*, in *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin, 1987, 501, here at 515-517; K. KÜHL, *sub* § 130, in K. LACKNER, K. KÜHL (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munich, 27th ed., 2011, here at Rn. 1 (qualifying the crime as “ein potenzielles Gefährdungsdelikt”). See also L. PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe*, cit., here at 10-11; INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Étude comparative sur la négation des génocides et des crimes contre l'humanité*, Losanne, 12 December 2006, here at 12; E. STEIN, *History Against Free Speech: The new German Law Against the 'Auschwitz' – and other – 'Lies'*, in *Mich. L. Rev.*, Vol. 85, 1986, 277, here at 293 (examining West Germany's courts' case-law dealing with Holocaust denial prior to the 1994 and 2005 amendments. Notably the Author refers to the German Supreme Court judgment in a case concerning anti-Semitic leaflets, in which the it found that public peace did not require proof of an actual breach, because the conduct under scrutiny, in light of historical experience, shatters *per se* the confidence in legal security). But see *Bundesverfassungsgericht*, 4 November 2009, 1 BvR 2150/08 (assigning to the public peace ingredient a vital “corrective” role, aimed at making sufficiently precise – and thus in accordance with the constitutional principles – the crime of approval, glorification or justification of the National Socialist rule of arbitrary force envisaged under § 130(4) of the *Strafgesetzbuch*).

²² Decision, Article 1(4) (“only if the crimes [...] have been established by a final decision of a national court of this Member State and/or an international court, or by a final decision of an international court only”).

from the French legal context – where the reference to the Nuremberg judgment limits the crime’s scope to Holocaust denial only – to the Framework Decision – in which punishment is encouraged with regard to denial of any international crime. Admittedly, the inequality issue might be considered negligible in countries that restrict criminal punishment to the denial of the Holocaust – like France and Germany – due to the extraordinary (perhaps unique) magnitude of the Holocaust, that might justify the special protection accorded to it. However, this problematic aspect invariably arises where a higher number of crimes, in addition to the Holocaust, are given or not protection against denial, depending on whether or not they had been judicially adjudicated. The circumstance of their having been the subject of legal proceedings has nothing to do with their victims’ need of protection, but is rather determined by accident. Hence the excluded victims’ feeling of frustration and their forceful demands for equal treatment.

As a further guard against excessive encroachments on free speech, the Decision contains an unusual constitutional-like provision. Article 7 declares that the Decision shall not have the effect of modifying Member States’ obligation to respect fundamental rights – in particular, freedom of expression and association as enshrined in the Treaty on European Union and in Member States’ constitutional principles.²³ This provision seems quite atypical and legally unnecessary, considering that EU framework decisions could never prevail over the European constitutive treaties, to which they are hierarchically subordinate. Apart from the symbolic form of reassurance that Article 7 might represent, its actual impact remains uncertain. At most, it may imply a greater weight that domestic constitutional principles are to be accorded in future cases before the Court of Justice of the European Union. In any event, this provision cannot but confirm yet again the difficulties in the negotiations and the intention to restrict the Decision’s influence in a field in which States clearly desire to retain the power to choose the form of criminalisation that best fulfils their domestic policies.

3.3. *Any Harmonising Effects?*

In view of the foregoing one may conclude that the Decision falls short of imposing stringent obligations on the Member States. First of all the *express* criminalisation of negationism – although encouraged – is not required; as mentioned, it suffices for the States to punish it if and when conduct qualifies as incitement to hatred or violence. Furthermore, when it comes to the definition of the crime of negationism,

²³ Decision, Article 7 and recital 14.

there is a wide variety of optional elements from which States may choose in the implementation stage.

States are not therefore legally bound to adapt their existing regime to an externally-imposed model of incrimination, since the Decision permits both implicit and explicit prohibition, as well as a plain or qualified offence. That being said, the fact remains that a tendency to either introduce or expand the scope of the crime of denialism has gained momentum in conjunction with the adoption of the Decision, confirming its *persuasive character*. The harmonisation of the crime's definition appears to be encouraged, in particular, with respect to three elements.

First, the Decision standardises the definition of negationism around the three acts of condoning, denial and gross trivialisation. States should thus amend their legislation to reflect this description of the unlawful conduct.

In reality, however, notwithstanding the divergent definitions found in different systems, the crime of denialism proved to be quite uniformly applied in those countries where it is expressly banned, due to their courts' flexible interpretation. In France, for instance, even though only the conduct of "*contestation*" of the Holocaust is punishable, convictions have been entered also for expression relating more closely to the concepts of trivialisation or condoning, as long as the defendant's bad faith was demonstrated.²⁴ Therefore, in spite of the potential discrepancy between the definitions in national laws and the Decision, the Decision may help achieve the object of harmonisation by confirming existing broad judicial interpretation. Such judicial practice – which is in danger of violating the principle of *nullum crimen sine lege* – is fostered by the factual overlap that often exists between the theoretically distinct acts of condoning, denial and gross trivialisation.

The second element harmonised in the Decision is the definition of the crimes whose denial is to be banned. In this respect, States are required to make reference to the definitions provided for in the Statute of the International Criminal Court and the Charter of the Nuremberg Tribunal. Since these crimes are sometimes defined differently under domestic law,²⁵ the reference to standard international definitions is likely to advance legislative approximation among Member States. Nevertheless, in view of the non-fundamental character of such discrepancies in the crimes' domestic definitions, the harmonisation of this aspect is probably going to have a limited impact on the whole.

²⁴ See e.g., *Cour de cassation, Chambre criminelle*, No. 98-88.204, 12 September 2000, *Garaudy*; *Cour de cassation, Chambre criminelle*, No. 94-85126, 17 June 1997, in *Recueil Dalloz*, 1998, Jur., 40; *Tribunal correctionnel* of Paris, 8 February 2008, *Jean-Marie Le Pen*.

²⁵ See e.g., with reference to genocide, Estonian Criminal Code, § 90 and Latvian Criminal Code, § 71 (extending the definition to include acts committed against social groups); French Criminal Code, Article 211-1 (protecting also any groups that can be defined on the basis of other arbitrary criteria).

The third element can be considered vital to the understanding of current developments in the crime of denialism. The Decision urges Member States to expand the application of the crime beyond the denial of the Holocaust, progressively including the denial of an array of other grave crimes. Deriving from the *slippery slope* effect,²⁶ this expansive tendency will be criticised below as the major drawback of anti-denialism legislation in general.

4. Expansive trends towards a wider criminalisation of denialism

Criminal provisions against denialism, limited to the Holocaust, arose in countries upon which history placed a special “moral responsibility”²⁷ to tackle an alarming increase in anti-Semitism towards the late 1980s. Arguably, the object to be safeguarded is not only the security of a certain ethnic or religious group, but also the “ethical pact” underlying the foundation of many post-World War II democratic political systems in continental Europe.²⁸

In any event, certainly the protection of a legally-established historical truth cannot *per se* amount to a legitimate aim pursued by the crime of denialism, since it is not for democratic regimes to authoritatively take a position and decide on historical truth.²⁹ To affirm otherwise would infringe the freedom of historical research and justify an undisputable official history.

The question is therefore, what is the legitimate interest protected by this original form of the crime of denialism, especially where it does not require the conduct to qualify as incitement to racial or religious hatred. In this case, the punishment of denialism as such, without the need to prove any present threat or harm, is grounded on a *conclusive presumption*. Since it is assumed that the mere denial or trivialisation of the Holocaust *invariably* implies a Jewish-concocted fabrication of the commonly accepted narrative of Nazi exterminations of Jews, this conduct is deemed harmful in and of itself. Anti-Semitism is therefore *iuris et de iure* presumed to underlie all expressions denying the Holocaust. It follows that criminal punishment is warranted at any such instance in an effort to safeguard the human dignity of the victim-group and its

²⁶ *R v. Keegstra* [1990] 3 SCR 697, here at 73 (“[C]ondoning a democracy’s collective decision to protect itself from certain types of expression may lead to a slippery slope on which encroachments on expression central to [free speech’s] values are permitted”); L. PECH, *The Law of Holocaust Denial in Europe*, cit., here at 50.

²⁷ D.P. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2nd ed., 1997, here at 386 (referring to the celebrated *Auschwitzlüge* case of 13 April 1994).

²⁸ E. FRONZA, *The Criminal Protection of Memory. Some Observations About the Offence of Holocaust Denial*, in L. HENNEBEL, T. HOCHMANN (eds.), *Genocide Denials and the Law*, cit., here at 179.

²⁹ Human Rights Committee, General Comment No. 34, 12 September 2011, CCPR/C/GC/34, para. 49 (“Laws that penalize the expression of opinions about historical facts are incompatible with [...] freedom of opinion and expression. The Covenant does not permit general prohibition of expressions of an erroneous opinion or an incorrect interpretation of past events”).

members. Holocaust denial is regarded – and accordingly punished – as a subtle form of anti-Semitism, and hence racism.

However, as the Decision demonstrates, the scope of the criminal prohibition has gradually extended its reach beyond the Holocaust, thereby calling into question this early rationale. There are a number of reasons for this expansion.

Firstly, the development of communication technology has prompted States in which denialism is punishable to put pressure on other countries to follow suit, given the inefficacy of national-based solutions *vis-à-vis* the global circulation of data through the internet and other transnational networks of information.

Secondly, there are the demands of victims of crimes other than the Holocaust that their own past suffering be afforded equal treatment with that of the Jews. Confronted with these requests, States that have already adopted the crime of Holocaust denial find themselves in a weak position, due to accusations of applying a double standard. This might be different in Germany, where a special regard for the Holocaust is incontestably accepted, if not obliged. But other countries might consider unpersuasive the argument that the Holocaust is unique when it comes to face other victim-groups' claims to be accorded equal treatment for their own past agony. In these countries, the potential political gain from expanding the scope of banned denial may easily outweigh any loss caused by the opposition, including campaigns of historians.³⁰ So States usually lack strong interests to counter the extension of the crime's reach to an increasing number of events.

5. On a Slippery Slope: Recent Cases of Denialism Beyond Holocaust Denial

The foregoing reasons paved the way for the progressive extension of the contours of the crime of denialism. In doing so, the legislatures have travelled down a slippery slope from which it is difficult to reverse course. From the protection of the Holocaust only, the crime is being progressively extended, first to cover all genocides, then all crimes against humanity, and finally nearly all core international crimes, as confirmed by the Decision. Even this trend does not seem to entirely satisfy the victims' demands, as reflected in the insistence by a number of Eastern European countries to include in the Decision crimes committed by the "communist totalitarian regimes."³¹

³⁰ See e.g., the strong opposition of French historians against the so-called *lois mémorielles* (*Liberté pour l'histoire*, in *Liberation*, 13 December 2005) and the protest of Italian historians concerning the then Ministry of Justice's proposal to introduce an express crime of denialism (*Manifesto di critica*, in *L'Unità*, 23 January 2007).

³¹ Council of the European Union, Addendum to Draft Minutes, 27 January 2009, 16395/08 ADD 1, PV/CONS 75, Item 45, Statement by the Council (satisfying the demand to criminalise the crimes committed by totalitarian communist regimes by deploring all such crimes and envisaging a future

Several recent examples demonstrate the fate, and the dangers, of requests for protection put forward by different victim-groups.

French Armenians have long attempted to have the massacres carried out by the Ottoman Empire officially recognised as genocide and their denial criminally sanctioned. Whereas the first goal was achieved in 2001 when the French parliament passed a law publicly recognising the events as genocide,³² the latter experienced a much more turbulent path. A bill to make the denial of the Armenian genocide an offence was indeed presented and approved in the lower House, but stalled for years and was eventually rejected by the Senate on the ground that it is not for the law to establish the legal qualification of past events.³³ With a *coup de théâtre*, however, French president Nicolas Sarkozy moved his party to make a U-turn and vote in favour of criminalising the denial of the Armenian genocide, presumably in advance of the incumbent election.³⁴ The bill never entered into force, owing to a *Décision* by the *Conseil constitutionnel* to strike it down as unconstitutional.³⁵

In the Ukraine, the debate is ongoing as to whether the famine of 1932-33 (called *Holodomor*) qualifies as a genocide perpetrated by the Soviet regime. In 2006 the Ukrainian parliament, led by Viktor Yushchenko's party, declared it a genocide and outlawed its public denial.³⁶ Ukrainian president Viktor Yanukovich, who succeeded to Yushchenko, was indeed sued – but in the end acquitted – for genocide denial on the basis of this law that had been passed under Yushchenko. In particular, Yanukovich maintained that the events referred to as Great Famine do not fulfil the requirements of the crime of genocide, since they involved the whole geographic region of Volga, not only the Ukraine, and derived from a disastrous policy of Soviet regime, not from

reconsideration of whether an additional instrument is needed in this regard) and Latvia (considering that the denial, condoning and gross trivialisation of totalitarian communist crimes should also be punished); L. CAJANI, *Criminal Laws on History: The Case of European Union*, in *Historiein*, Vol. 11, 2011, 19, here at 31 (reporting on the request advanced by the three Baltic countries, Poland and Slovenia that the Soviet crimes be included in the Decision).

³² Law No. 2001-70, 29 January 2001.

³³ Commission des lois, Répression de la contestation de l'existence du génocide arménien - Examen du rapport de M. Jean-Jacques Hyest sur la proposition de loi n° 607 (2009-2010), présentée par M. Serge Lagauche et plusieurs de ses collègues, 13 April 2011. *See also*, as part of the broader debate on the "lois mémorielles" in France, Rapport d'information, No. 1262, presented on 18 November 2008 by the then President of the *Assemblée nationale* M. Bernard Accoyer, here at 181 ("Considère que le rôle du Parlement n'est pas d'adopter des lois qualifiant ou portant une appréciation sur des faits historiques, a fortiori lorsque celles-ci s'accompagnent de sanctions pénales").

³⁴ Proposition de loi No. 52 "visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi" adopted by the *Sénat* on 23 January 2012.

³⁵ *Décision*, 28 February 2012, 2012-647. *See* L. PECH, *Lois mémorielles et liberté d'expression: De la controverse à l'ambiguïté. Note sous la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-647 DC du 28 février 2012*, forthcoming in *Revue française de droit constitutionnel*.

³⁶ *See*, for a detailed account, L. CAJANI, *Criminal Laws on History*, cit., here at 20-22.

Stalin's specific intent to torment Ukrainians³⁷. Avoiding to take a position on the contentious qualification of the *Holodomor* as genocide, the European Parliament and the Council of Europe Parliamentary Assembly recognised its status of crime against humanity.³⁸

In Rwanda, the prohibition of denialism has similarly been used as a legal weapon against political opponents. Victoire Ingabire, the opposition leader, is still detained on charges partially based on minimisation of the genocide suffered by the Tutsi in 1994.³⁹ She is accused of having argued that war crimes were committed also by the Tutsi and that those responsible should face justice. Still in Rwanda, an American professor and former defence counsel before the International Criminal Tribunal for Rwanda, Peter Erlinder, was arrested in 2010 on charges of minimisation of the Rwandan genocide.⁴⁰

In Switzerland, a broad prohibition against denialism has been in effect since 1995. Article 261bis(4) of the Criminal Code sanctions the crime of denial, gross minimisation and justification of genocide or other crimes against humanity. Pursuant to this provision, in 2007 the Swiss Federal Tribunal upheld the first criminal conviction entered in Europe for denial or justification of the Armenian massacre.⁴¹ In this case, the accused did not dispute the existence of the massacres and deportations endured by the Armenians; rather, he contended that they were justified by the ongoing war in which atrocities were being committed by both sides, concluding that considering these events a genocide is a "mensonge international."⁴² To be sanctioned, therefore, are not only denials of factual events *per se*, but also personal views on their legal qualification where, like in the present case, the court finds that a racist motive characterises the conduct.

Encouraged by the outcome of this seminal case, two organisations sought to mark another step forward in the progressive extension of the crime of denialism. In

³⁷ Yanukovyck's reply to Mr. Laasko (Finland)'s question, Report (Second part) of the twelfth sitting of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 27 April 2010.

³⁸ European Parliament, 23 October 2008, Resolution No. P6_TA(2008)0523, on the "Commemoration of the Holodomor, the artificial famine in Ukraine (1932-1933)," para. 1(a); Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 28 April 2010, Resolution No. 1723 (2010), para. 11.

³⁹ www.france24.com/en/20100421-rwanda-opposition-leader-arrested-genocide-denial-charges-victoire-ingabire (Last access: 18 March 2013). See also "Rwanda journalists jailed for genocide denial launch supreme court appeal", in *The Guardian*, 29 January 2012, by Owen Bowcott.

⁴⁰ <http://abovethelaw.com/2010/06/genocide-denying-law-professor-peter-erlinder-imprisoned-in-rwanda> (Last access: 18 March 2013); International Criminal Tribunal for Rwanda, 98-41-A, *Bagosora et al.*, Decision on Aloys Ntabakuze's Motion for Injunctions Against the Government of Rwanda Regarding the Arrest and Investigation of Lead Counsel Peter Erlinder, Appeals Chamber, 6 October 2010.

⁴¹ District Court of Lausanne, 9 March 2007, upheld by the Vaud Tribunal cantonal, 19 June 2007 and, finally, by the Swiss Federal Tribunal, 12 December 2007, 6B_398/2007, *Doğu Perinçek*. The case is now pending before the European Court of Human Rights. According to our research, only three other people have been convicted in Switzerland for denial of the Armenian genocide: Swiss Federal Tribunal, 16 September 2010, 6B_297/2010.

⁴² Swiss Federal Tribunal, 12 December 2007, 6B_398/2007, section A.

2010 these organizations filed a complaint with the office of the investigating judge of Vaud (Switzerland) requesting the criminal prosecution of two authors of the right-wing leaning newspaper *La Nation* for the denial of the Serb genocide of Srebrenica.⁴³ It was submitted that, by describing the Srebrenica genocide as a “pseudo-massacre,” these two authors denied the genocide and other crimes against humanity established *inter alia* by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Since the investigating judge of Vaud dropped the case only on the ground of lack of racist motive,⁴⁴ similar cases involving recent historical events are likely to be brought before Swiss judicial authorities in the near future.

6. The Crime of Denialism: General Remarks

These cases highlight some issues relating to the criminalisation of denialism in general, and to its present expanding trend in particular. To begin with, complex problems are raised where the crime targets not only the denial of material facts, but extends to disputes upon the facts’ legal characterisation.⁴⁵ The questions then would focus on what entity is in charge of such characterisation and on the criteria for its decisions, given that, for instance, the historical understanding of genocide does not coincide with its legal definition.⁴⁶ Entrusting the resolution of the matter to judicial organs, whether domestic or international, is an unsatisfactory answer. In this way, the decisive word on the nature of past events would be stripped away from historians and the public debate at large and assigned to tribunals whose judgments are – unlike history’s – final and thus irreconcilable with timeless review and progressive refinement.⁴⁷

Moreover it should be borne in mind that tribunals are not called upon to assess the entire context and circumstances of the event before them, but adjudicate over the facts submitted in the indictment, as presented by the parties during the trial. Their task is to pronounce on the criminal responsibility of the accused, rather than establish an

⁴³ Joint Press Release of the *Société pour les peuples menacés* (SPM) and of *Track Impunity Always* (TRIAL), Des Suisses nient le génocide de Srebrenica, Lausanne, 19 April 2010.

⁴⁴ *Ordonnance de classement* by the *Procureur général adjoint* Jean Treccani, 8 March 2011, PE10.009990-JTR, here at 5 (“Les prévenus ne paraissent pas avoir été animés par la volonté de porter atteinte aux victimes des exactions serbes. [...] [I]ls paraissent bien plutôt avoir voulu dénoncer principalement les médias [...] Ils ont focalisé leur attention sur les Serbes et non pas sur leurs victimes”).

⁴⁵ Cf. UN Assembly General resolution, 26 January 2007, A/RES/61/255 (urging all States to reject the denial of the “Holocaust as a historical event,” not in its legal qualification as genocide).

⁴⁶ See S. STRAUS, *Contested meanings and conflicting imperatives: a conceptual analysis of genocide*, in *Journal of Genocide Research*, 2001, 349, here at 349, 359, 370; T. BARTA, N. FINZSCH, D. STANNARD, *Three Responses to ‘Can There Be Genocide Without the Intent to Commit Genocide?’*, in *Journal of Genocide Research*, 2008, 111.

⁴⁷ See *infra*, § III.3.3.2.

accurate and complete historical record⁴⁸ – at most, they may facilitate the quest for historical truth by providing documentary support for it.⁴⁹

Another general remark is prompted by a decision of the European Court of Human Rights that brings to light the inadequacy of commonly used historical concepts when they are transferred to the legal field.⁵⁰ Where a criminal provision, for example, sanctions the ‘denial of the Holocaust’, it is not clearly identifiable which specific individual facts are encompassed within that general concept. Whereas, in the field of history, the notion of ‘Holocaust’ may unequivocally define a complex historical experience – and, in any event, might be employed loosely –, the same term seems not to lead to satisfactory results when it comes to the task of articulating precise definitions of legal concepts, as shown by the following case.

The European Court of Human Rights was confronted with an expression which, though not denying the Holocaust as such, disputed Hitler’s order to exterminate the Jews.⁵¹ In that case, the Court endorsed the criminal conviction imposed by domestic courts, holding that, in addition to the denial of the Holocaust, the denial of “*equally significant and established circumstance[s]*” runs counter the text and the spirit of the Convention, and consequently does not enjoy free speech protection.⁵² Therefore, not only does ‘Holocaust’ appear to be a blurred, ever developing concept, as such inappropriate to set the boundaries of criminally sanctioned conduct; also, this notion, in spite of its being open-ended, proves insufficient to cover all possible expressions of denialism.

The major downside of the prohibition of Holocaust denial lies however, as foreshadowed above, in the slippery slope effect, which leads to the extension of the crime’s scope to include the denial of a potentially infinite set of other past atrocities. A recent example is offered by the European Court of Human Rights. In a surreptitious shift in its jurisprudence on denialism (that will be analysed in the next section of this summary), the Court reformulated the category of facts the denial or justification of which is not protected by the right to freedom of expression. From the category of

⁴⁸ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Stanišić and Simatović*, IT-03-69-PT, Decision Pursuant to Rule 73bis(D), Trial Chamber, 4 February 2008, para. 21 (responding to the Prosecutor’s submission that restricting the indictment after the death of Slobodan Milošević would risk the creation of an inaccurate historical record: “[T]he Tribunal was established to administer justice, and not to create a historical record”).

⁴⁹ Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, *Kaing Guek Eav alias Duch*, Case 001, Appeal Judgement, 3 February 2012, para. 708 (affirming that part of the Court’s mandate is “providing documentary support to the progressive quest for historical truth [... so] promoting a public and genuine discussion on the past grounded upon a firm basis, thereby minimising denial, distortion of facts, and partial truths”). See also L. DOUGLAS, *The Memory of Judgment. Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, New Haven-London, 2001.

⁵⁰ See *infra*, § III.3.

⁵¹ *Witzsch v. Germany* (2), 13 December 2005, 7485/03.

⁵² *Ibid.*, (the law), para. 3 (emphasis added).

“clearly established historical facts,” such as the Holocaust, the Court moved on to that of crimes against humanity and war crimes as such.⁵³

The problem arises inasmuch as the nature of the newly forbidden expression is not such to justify the un rebuttable presumption on which the crime of Holocaust denial generally rests. While sanctioning Holocaust denial by itself might be reasonable in view of the arguably invariable anti-Semitic motives behind it that renders unnecessary an inquiry over the specific circumstances of the case, the same cannot be said of other acts of denial, which remain context-dependent. It is doubtful, for example, whether racist or otherwise pernicious intentions *necessarily* underlie or result from opinions disputing the nature of the Armenian or Srebrenica genocides no matter the manner and the context in which they were disseminated. Where such an un rebuttable presumption is untenable, restrictions on freedom of expression should be justified only by compelling circumstances that mark the conduct as harmful, to be assessed on a case-by-case basis. Instead, the unqualified incrimination of denialism at large ought to be ruled out due to its excessive curtailment of the fundamental right to free speech.

A possible option to target denialism only when it is harmful is to restrict punishment to conduct qualified by racist or discriminatory intent. In Europe, this model of incrimination has been adopted only by two countries: Portugal⁵⁴ and (apparently) Switzerland,⁵⁵ contrary to the majority of systems which expressly criminalise denialism. The reason for the limited use of a racist/discriminatory intent requirement is simple: to subject the punishment of denialism to this kind of *mens rea* is unattractive since a crime so designed would have little to no impact. In countries – like all European ones – where expression of racial hatred, incitement and discrimination are already outlawed, an explicit prohibition of ‘racist denialism’ would merely describe conduct that falls already within the scope of general provisions against hate speech. An offence of this kind is therefore devoid of any legal value, save the symbolic effect. By and large, however, domestic practices show that express criminalisation of denialism leads to greater degrees of repression than implicit prohibition.

Aside from the actual impact of an express ban on racist denialism, the punishment of denialism only where it amounts to incitement to racial hatred or discrimination appears to be the lesser evil.⁵⁶ The danger of unequal treatment of

⁵³ *Janowiec and Others v. Russia*, 16 April, 2012, 55508/07 & 29520/09, para. 165.

⁵⁴ Penal Code of Portugal, Article 240(2)(b) (in which denialism is embedded in the general provision against hate speech).

⁵⁵ Penal Code of Switzerland, Article 261bis(4), as recently interpreted in the decisions mentioned in the precedent paragraph.

⁵⁶ See Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 7 September 2012, A/67/357, paras 32-33, 43-50 (putting forward strict requirements that must be complied with by laws criminalising hate speech and noting that, while

victim-groups would be avoided and, most importantly, freedom of speech would probably escape undue restriction.

On the other hand, however, it should be recalled that criminal prohibitions focused on the perpetrator's intent always entail a degree of judicial discretion and subjective perception that may lead to abuse. The Swiss cases described above are illustrative of this risk. In both *Perinçek* and *La Nation*, the defendants appeared inspired by the desire to rehabilitate the image of their respective country by minimising or denying the crimes suffered by its victims. However, the journalists of *La Nation* were not prosecuted on the ground that they aimed principally at denouncing the bias of media against Serbs and did not focus their attention on the victims.⁵⁷ On the contrary, Perinçek's racist motive was mainly deduced from his reference to the laws of war and the fact that crimes were committed by both sides, to justify the massacres.⁵⁸ The point is not to criticize these outcomes, but to show that the frontier between legitimate and banned historical revisionism can be a very fine line.

criminal law should focus only on most serious and extreme instances, there is a need to go beyond legal measures to address expression of hatred and intolerance).

⁵⁷ *Ordonnance de classement*, cit., here at 5.

⁵⁸ *Tribunal d'arrondissement de Lausanne*, PE05.025301, *Jugement*, 9 March 2007, here at 9, 13-14.

III. EVOLUTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' CASE LAW ON DENIALISM

1. Introduction

More than 60 years after its establishment, the European Court of Human Rights⁵⁹ has become a reference point in a considerable number of legal fields. Some of the principles it has developed have set universally-acknowledged standards, which are quoted, adopted and applied by many domestic and supranational judicial organs worldwide. In contrast to such celebrated principles of liberalism, however, some grey areas tarnish the Court's legacy.

Among these special matters lies Holocaust denial, given that its expressions are removed from the general discipline on freedom of speech envisaged under Article 10 of the ECHR. The denial, gross trivialization and justification of the Holocaust, together with the glorification of Nazi ideology, trigger the application of Article 17 of the ECHR – also known as the *abuse clause* – that determines the categorical exclusion of a given expression from the protection of the Convention. In other words, the scope of protected expression under Article 10 is to be interpreted in the light of Article 17, and therefore does not encompass certain types of opinions that are considered to be inimical to the values underlying the Convention. When faced with a conduct of this sort, the Court need not proceed to examine the merits of the complaint, but declares it inadmissible on a *prima facie* assessment.

This conclusion is but the end of a thirty-year long development of the Court's case law on Holocaust denial, in which three main phases may be identified on the basis of the different role assigned to the abuse clause, which has influenced, in turn, the balancing test conducted under Article 10. In any event, it must be emphasised that, however different the judges' reasoning might have been throughout the years, the outcome has remained constant. The entirety of applications about Holocaust denial have been invariably (and unanimously) dismissed as inadmissible.

The first phase involves a small number of cases, heard by the Commission during the 1980s. The distinguishing feature of this stage is that Article 17 never comes into play. The European scrutiny is thus conducted pursuant to the *ius commune* of

⁵⁹ ECtHR case law hereby cited may be found at <http://hudoc.echr.coe.int/>. Pinpoint references normally refer to the English version, save for decisions and judgments delivered in French only. Page numbers refer to the page of the Microsoft Word or Adobe PDF document in which decisions and judgments may be downloaded from the above-mentioned website.

Article 10, meaning that the case is assessed in light of all its circumstances, and that the respondent State is required to demonstrate that the interference with the right to free speech is necessary and proportionate in a democratic society.

The second phase sees the abuse clause being applied by the Commission as an *interpretative aid* within a reasoning still articulated under the framework of Article 10. In contrast to the role assumed in two seminal cases, Article 17 does not have here the effect of radically removing an act from the scope of the ECHR. Instead, it operates within the balancing test foreseen by Article 10, affording guidance in the evaluation of the necessity and proportionality of State interference.

The third and last phase is dominated by the “guillotine effect” of the abuse clause, which implies the categorical exclusion of a class of speech – in this case, Holocaust denial – from the protective umbrella of Article 10. This trend, inaugurated in *Lehideux v. France* with regard to the denial of “clearly established historical facts,” proves to be expanding its boundaries, given that more and more categories of expressions are falling within the reach of the abuse clause.

This chapter shall examine the three stages of case law on Holocaust denial, shedding light on the dangers underlying its latest development, which excludes an increasing number of expressions from the strict scrutiny usually applied by Strasbourg institutions to restrictions on free speech. Furthermore, in order to understand the unique discipline of Holocaust denial, it will be useful to delve into the scope and effects of the abuse clause. Introduced in the aftermath of World War II as a legal guard against the resurgence of totalitarian ideologies, its present suitability in the fight against threats to democracy must be verified. It will be argued that, while safeguarding public peace and human dignity is of paramount importance, this goal might better be achieved through ordinary means, that is, by the balancing test envisaged under Article 10.

2. Freedom of expression under Article 10

Before turning to the analysis of the jurisprudence on *négationnisme*, the general principles articulated by the Court on free speech shall be briefly set out, so that the gap between this *ius commune* and the regime provided for under Article 17 will then evidently emerge.

Freedom of expression is granted a primary position in the set of values delineated by the Convention.⁶⁰ As the Court held in a seminal case concerning free speech:

⁶⁰ See e.g., for a recent analysis of the Strasbourg case law on Article 10, D. VOORHOOF, *Freedom of Expression under the European Human Rights System. From Sunday Times (no. 1) v. U.K. (1979) to*

Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of [the democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'.⁶¹

The notion of freedom of expression under Article 10 has been interpreted to encompass a wide range of conduct. Not only is it protective of the freedom to express opinions, but it also safeguards the freedom to disseminate information as well as that of receiving information.

The compatibility with the Convention of a restrictive measure adopted by a State is assessed by the Court through the three-tier test it has developed. The Court normally proceeds to evaluate whether the interference with freedom of speech: *a)* was prescribed by law; *b)* pursued a legitimate aim; *c)* was necessary in a democratic society and proportionate to the legitimate aim pursued. The key element of the test is represented by its last step, in which the judges ascertain the necessity and proportionality of the interference, balancing the various interests at stake and so deciding the case in the light of all its factual circumstances. While the Court reiterates that it is not its task to take the place of the competent domestic authorities, by, for example, giving its own interpretation of a crime's constituent elements, its supervision entails an evaluation on whether the reasons adduced by national authorities to justify the interference are relevant and sufficient under Article 10, para. 2 and whether they relied on an "acceptable assessment of the relevant facts."⁶²

As observed by some scholars, vague are the several aims that permit a restriction on freedom of speech under Article 10, para 2.⁶³ The text of this provision would thus be at risk of being loosely interpreted, thereby making illusory its guarantees. However, the Court has constantly held that, although freedom of expression may be subject to exceptions, they must be narrowly interpreted and the

Hachette Filipacchi Associés ("Ici Paris") v. France (2009), in *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2009, 3; J.-F. FLAUSS, *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression*, in *Indiana Law Journal*, 2009, 809; *La liberté d'expression en Europe - Jurisprudence relative à l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (Dossiers sur les droits de l'homme n° 18)*, 3rd ed., Strasbourg, 2006.

⁶¹ *Handyside v. United Kingdom*, 7 December 1976, 5493/72, para. 49.

⁶² *Stoll v. Switzerland*, Grand Chamber, 10 December 2007, 69698/01, para. 101 (quoting *Hertel v. Switzerland*, 25 August 1998, para. 46 and *Steel and Morris v. United Kingdom*, 15 February 2005, 68416/01, para. 87).

⁶³ P. CARETTI, *sub* Article 10 – Libertà di espressione, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (dir.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padua, 2001, here at 340-341.

necessity for any restrictions must be convincingly established.⁶⁴ In particular, there is little scope for limitations on some categories of expressions that are considered to be especially valuable in a democratic society, such as political speech and debate over matters of public interest.⁶⁵ The Court's analysis is not restricted to the impugned domestic decisions taken in isolation, but it rather extends to the consideration of the case as a whole, with special regard being paid to the context in which the expression was made public.⁶⁶

A relevant feature of Strasbourg jurisprudence in the present field is the margin of appreciation. This doctrine affords the Contracting States certain latitude, i.e. a measure of discretion, in the assessment of whether the interference complained of was necessary.⁶⁷ However, this margin of appreciation goes hand in hand with European supervision.⁶⁸ The breadth of the discretion accorded to national authorities varies depending on the subject of the expression. Whereas the Court exercises a strict scrutiny on political speech, it affords States a wider discretion when it comes to the spheres of morality and religion, given that there is no uniform viewpoint thereupon in Europe.⁶⁹

Relevant to the issue of Holocaust denial is also the Court's approach to racist speech and, more generally, to *hate speech* – under which notions denialism is ultimately considered to fall. In this regard Strasbourg organs have developed a rather

⁶⁴ *Observer and Guardian v. United Kingdom*, 26 November 1991, 13585/88, para. 59.

⁶⁵ *Süreş v. Turkey (I)*, Grand Chamber, 8 July 1999, 26682/95, para. 61; *Wingrove v. United Kingdom*, 25 November 1996, 17419/90, para. 58.

⁶⁶ *Lingens v. Austria*, Plenary, 8 July 1986, 9815/82, para. 40.

⁶⁷ See generally, on the margin of appreciation doctrine, Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, 2002; R. BERNHARDT, *Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension – Studies in Honour of Gerard Wiarda*, Köln, 1990; E. BREMS, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case law of the European Court of Human Rights*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, 240; S. GREER, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2000; R.ST.J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the ECHR*, in *International Law at the Time of its Codification. Essays in honour of Roberto Ago*, Vol 3, Milan, 1987, 187; E. KASTANAS, *Unité et Diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Brussels, 1996; P. LAMBERT, *Marge nationale d'appréciation et controle de proportionnalité*, in F. SUDRE (eds.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussels, 1998, 63; P. MAHONEY, *Universality versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech: Explaining Some Recent Judgments*, in *European Human Rights Law Review*, 1997, 364; M. O'BOYLE, *The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15: Ritual Incantation or Principle?*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, 23; H.C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, in *Connecticut Journal of International Law*, 1987, 111. See also the special issue on "The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice", in *Human Rights Law Journal*, 1998, Vol. 19.

⁶⁸ *Perna v. Italy*, Grand Chamber, 6 May 2003, 48898/99, para. 39; *Axel Springer AG v. Germany*, Grand Chamber, 7 February 2012, 39954/08, paras 85-86.

⁶⁹ See e.g. *Wingrove v. United Kingdom*, cit., para. 58; *Otto Preminger Institut v. Austria*, 20 September 1994, 13470/87, paras 50, 56.

fragmented and obscure jurisprudence, as it will be shown in the following paragraphs. That part, however, will be preceded by an analysis of the case law on Holocaust denial.

3. Holocaust Denial Before the Strasbourg Organs: Evolution of an Exceptional Regime

3.1. First Stage: Application of General Principles on Freedom of Expression

Proceedings falling within this first phase do not necessarily involve legislation expressly outlawing the denial of the Holocaust. Prohibiting such conduct was initially subsumed – especially in Germany and Austria – under general provisions banning, for example, activities inspired by Nazi ideology, expressions disparaging the memory of the deceased, incitement to hatred and insult.⁷⁰

The first case concerns a civil injunction restraining the applicant, who had previously displayed pamphlets alleging that the assassination of Jews by the Nazis is a Zionist swindle, from repeating statements of this kind.⁷¹ Also the second case originates in utterances questioning the reality of the extermination of six million Jews and minimising the Nazi atrocities by putting them into relative terms with other wartime atrocities.⁷²

The Commission declared inadmissible both complaints adopting similar reasoning. Domestic courts' approach was confirmed by the Commission that identified the "underlying tendency of the pamphlets" in unacceptable attacks on the reputation of a group – attacks deemed to be irreconcilable with the principles of tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society.⁷³ It is worth remarking that the judges acknowledged that this special protection against insult is granted only to certain groups in the German legal system. Nevertheless this regime was found to be compliant with the prohibition of discrimination under Article 14 of the ECHR, since it is based on "objective considerations," namely that these groups have historically suffered from discrimination.⁷⁴

A common feature of this initial phase is that the interests protected by domestic restrictions on Holocaust denial are still identified by the Commission as interests that, far from being truly general, seem rather to be confined to the sphere of individuals or

⁷⁰ See *Strafgesetzbuch*, § 189 (*Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*), § 130 (*Volksverhetzung*) and § 185 (*Beleidigung*). In Austria, Holocaust denial was subsumed under § 3g of the *Verbotsgesetz*, a law introduced in 1947 in order to outlaw any activity inspired by *Nationalsozialismus*.

⁷¹ *X. v. Federal Republic of Germany*, (dec.), 16 July 1982, 9235/81, (the facts), 194-196.

⁷² *T. v. Belgium*, (dec.), 14 July 1983, 9777/82, (the facts), page ('p.') 166.

⁷³ *X. v. Germany*, cit., (the law), para. 4, p. 198.

⁷⁴ *X. v. Germany*, cit., (the law), para. 4, p. 198.

specific groups, such as the protection of the reputation of others or that of the victims' relatives' memory.⁷⁵

Furthermore, as anticipated, the cases are dealt with under the general framework of Article 10, without the abuse clause being invoked. This is all the more significant in a subsequent decision focused on anti-Semitic activities but involving also conduct akin to denialism.⁷⁶ Despite the fact that Article 17 had already been applied by the Commission to racist speech,⁷⁷ this provision was ignored in the case at hand, which was dismissed on the basis that the State interference was necessary pursuant to Article 10, para. 2 owing to the “anti-Semitic and offensive” character of the publication.⁷⁸

The Commission, however, proved to be aware of the dangers deriving from a resurgence of radical right-wing ideology. An *obiter dictum* indicates the growing concern of the Strasbourg organ, probably foreshadowing the future recourse to the abuse clause. It reads as follows:

In more general terms, [the Commission] observes that present events demonstrate that anti-democratic ideologies, resembling those which inspired [the Nazi] atrocities, have not disappeared from Europe.⁷⁹

3.2. *Second Stage: Application of Article 17 as Principle of Interpretation*

During the intermediate stage of development in the Strasbourg case law, the arguments employed in the adjudication of Holocaust denial are influenced by those applied to racist or Nazi activities, into which denialism has since then been assimilated. At the same time, the judicial interpretation given to Article 17 has evolved, attenuating the effects deriving from the application of the abuse clause.

Kühnen v. Germany is the seminal case in this new approach to Article 17 – the one that will be transplanted to Holocaust denial litigation. The case regards neo-Nazi propaganda, aimed at the reinstitution of a political movement based on racist and nationalistic ideology.⁸⁰ Although the decision follows the scheme envisaged by Article 10, the innovative character of this second phase emerges already in the identification of the legitimate aim pursued by the State interference. Far from being limited to the private sphere, the objective of the restrictive measure – according to the European

⁷⁵ *X. v. Germany*, cit., (the law), para. 4, p. 198; *T. v. Belgium*, cit., p. 164.

⁷⁶ *Lowes v. United Kingdom*, (dec.), 9 December 1988, 13214/87.

⁷⁷ *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, (dec.), 11 October 1979, 8348/78 & 8406/78.

⁷⁸ *Lowes v. United Kingdom*, cit., p. 6. See S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable?*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, 541, here at 552-553 (noting the unwillingness of the Commission to apply Article 17 in this early stage. The Author (at fn. 66) adds another case that may be included in this trend: *Felderer c. la Suède*, (dec.), 1 July 1985, 11001/84, unpublished).

⁷⁹ *T. v. Belgium*, cit., (the law), para. 1, p. 171.

⁸⁰ *Kühnen v. Federal Republic of Germany*, (dec.), 12 May 1988, 12194/86.

judges – lies in the protection of very general values such as the “basic order of freedom and democracy and the notion of the understanding among peoples.”⁸¹

The crucial element characterising this stage, however, comes to light when the Commission turns to examine whether the interference is necessary in a democratic society pursuant to Article 10. It is in this context that it also refers to Article 17, recalling that this provision prevents individuals, groups or States from deriving from the Convention a right to engage in “activities aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth in the Convention.”⁸² The Commission goes on to state that “freedom of expression enshrined in Article 10 may not be invoked in a sense contrary to Article 17.”⁸³

Even though the judges refer here to *Glimmerveen*, they patently depart from the “guillotine effect” that was drawn from the abuse clause in that case. In contrast to the approach adopted in *Glimmerveen*, from *Kühnen* onwards Article 17 serves as “*principe d’interprétation*” in decisions still anchored in the structure provided under Article 10.⁸⁴ At least on paper, the abuse clause influences the balancing test without annihilating it as it did in *Glimmerveen* and as it will do during the third phase. In short, the abuse clause becomes an “*arrière-fond interprétatif*,” i.e. a canon of interpretation to be utilised in the framework of the necessity test foreseen under Article 10.⁸⁵ The new reading of Article 17 is outlined as follows:

The Commission considers that the applicant’s proposals thus *ran counter to one of the basic values underlying the Convention*, as expressed in its fifth preambular paragraph, namely that the fundamental freedoms enshrined in the Convention “are best maintained ... by an effective political democracy.” [...] As a result, the

⁸¹ *Kühnen v. Germany*, cit., (the law), paras 1, 5. The measure implemented by the German authorities was based on § 86 of the StGB which bans the dissemination of propaganda by means of unconstitutional organisations (*mittels verfassungswidriger Organisationen*) insofar as it is directed against the basic order of democracy and freedom and the notion of the understanding among peoples (*gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung gerichtet*).

⁸² *Kühnen v. Germany*, cit., (the law), para. 1, p. 6.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ G. COHEN-JONATHAN, *Le droit de l’homme à la non-discrimination raciale*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, 665, here at 667-668.

⁸⁵ Cf. S. VAN DROOGHENBROECK, *L’article 17 de la Convention européenne*, cit., here at 553-555 (considering Article 17 an “*arrière-fond interprétatif superflu*”). This opinion seems more appropriate to describe only some of the decisions falling under the second stage of jurisprudence on Holocaust denial, namely those that will be included within its second variant. Rather, we share the views expressed by H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, 54, here at 67-68 (considering only theoretical the application of Article 10 during this phase, since the parallel reference to Article 17 deeply modifies the structure of the decisions. The Court heavily relies on domestic assessments and does not seem to take into account, in effect, all the circumstances of the case). See also A. TERRASI, *sub* Article 17, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (dir.), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padua, 2012, here at 578 (suggesting that the reference to Article 17 is *per se* determinative of the necessity test under Article 10(2)).

Commission finds that the applicant is essentially seeking to use the freedom of information enshrined in Article 10 of the Convention as a basis for activities which are, as shown above, *contrary to the text and spirit of the Convention* and which, if admitted, would contribute to the destruction of the rights and freedoms set forth in the Convention.⁸⁶

In this manner, the scope of Article 17 has been broadened from the activities aimed at the destruction of the conventional rights to those that fulfil the flexible test of contradiction with the “values underlying the Convention,” that is, with “the text and the spirit” thereof.⁸⁷

Together with other cases concerning Nazi-related activities,⁸⁸ *Kühnen* has shaped the conceptual basis that will be adopted in Holocaust denial cases falling under this second phase.⁸⁹ From this moment, Article 17 will be a constant appearance when the reality of the Holocaust is cast into doubt and – as we shall see – in many other instances.

Although the abuse clause regularly operates at this stage within the framework of Article 10, there are two main variations in which the Commission applies it. The predominant one is illustrated by *Remer v. Germany*, followed by other cases.⁹⁰ In this cluster of decisions, the application of Article 17 is directly related to the interest of securing the *peaceful coexistence of the population* within the respondent State. In this way, Article 17 becomes the medium through which certain interests linked to democratic stability penetrate into the balancing test conducted pursuant to Article 10.

In the second variant, Article 17 seems to assume a rather ambiguous function.⁹¹ On the one side, the Commission has recourse to it when the cases appear to be already dismissed pursuant to arguments based on Article 10, para. 2, making the reference to the abuse clause apparently superfluous. On the other side, the wording of these decisions closely resembles the idea of “forfeiture of rights,” which underlies the judges’ reasoning in the third stage. With reference to this set of decisions, the actual

⁸⁶ *Ibid* (emphasis added).

⁸⁷ H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause*, cit., here at 59-60.

⁸⁸ *B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria*, (dec.), 12 October 1989, 12774/87; *Ochensberger v. Austria*, (dec.), 2 September 1994, 21318/93.

⁸⁹ *F. P. v. Germany*, (dec.), 29 March 1993, 19459/92; *Walendy v. Germany*, (dec.), 11 January 1995, 21128/92; *Remer v. Germany*, (dec.), 6 September 1995, 25096/94; *Honsik v. Austria*, (dec.), 18 October 1995, 25062/94; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Germany*, (dec.), 29 November 1995, 25992/94; *Rebhandl v. Austria*, (dec.), 16 January 1996, 24398/94; *Pierre Marais v. France*, (dec.), 24 June 1996, 31159/96; *D. I. v. Germany*, (dec.), 26 June 1996, 26551/95; *Hennicke v. Germany*, (dec.), 21 May 1997, 34889/97; *Nachtmann v. Austria*, (dec.), 9 September 1998, 36773/97; *Witzsch v. Germany (I)*, (dec.), 20 April 1999, 41448/98. Una descrizione di molte di queste decisioni è offerta in G. COHEN-JONATHAN, *Négationnisme et droits de l’homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1997, here at 573-585.

⁹⁰ See e.g. *Remer v. Germany*, cit., (the law), para. 1, p. 5; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Germany*, cit., (the law), pages (‘pp.’) 4-5; *D. I. v. Germany*, cit., (the law), para. 2; *Hennicke v. Germany*, cit., (the law), p. 3.

⁹¹ See e.g. *Honsik v. Austria*, cit., (the law), para. 1, pp. 5-6; *Pierre Marais v. France*, cit., (the law), para. 1, p. 190.

impact of Article 17 does not appear to differ significantly from the guillotine effect, despite the decisions' declared adherence to Article 10.

In general, in all cases belonging to this second stage European judges demonstrate an unusual deference to the assessments undertaken at the domestic level that they – quite uncritically – adopt in their reasoning.⁹² Moreover, the Commission seems to presumptively incorporate denialism into the wider class of Nazi activities, without effectively ascertaining on a case-by-case basis whether there are elements which warrant a different treatment for the case at hand.⁹³ This overlapping is confirmed by decisions involving hard-core Nazi activities, in which the judges' reasoning – descending from *Kühnen* – is identical to that characterising the Holocaust denial cases of the second stage.⁹⁴

3.3. *Third Stage: Article 17 as The Categorical Exclusion of Holocaust Denial from the Protection of Article 10*

3.3.1. At the Origins of the Category: The *Lehideux* case

The modality in which Article 17 operates undergoes a radical metamorphosis in this third stage. The abuse clause departs from its role as interpretative aid within the necessity test to resume the function foreshadowed in two early cases before the Commission.⁹⁵

The shift in the interpretation of Article 17 dates back to a *dictum* contained in the landmark case of *Lehideux and Isorni v. France*.⁹⁶ The case originates in a conviction for public defence of the crimes of collaboration with the enemy entered against the authors of an advertisement seeking to rehabilitate the memory of Marshal Pétain – Head of State of Nazi-driven Vichy France – who was sentenced to death in 1945 for collusion with Germany. The government argued that the sanction was justified on two grounds. First, by lending credence to the “double game” theory – allegedly refuted by all historians – the publication aimed to distort the real meaning of

⁹² See e.g. *Walendy v. Germany*, cit., (the law), p. 6, and *Nachtmann v. Austria*, cit., (the law), para. 2, pp. 5-6 (in which the findings of domestic courts are adopted simply noting that they “do not disclose any arbitrariness”).

⁹³ See e.g. *Nachtmann v. Austria*, cit., (the law), para. 2, pp. 5-6 (in which the Commission justifies the application of the abuse clause by making reference to the National Socialism – a doctrine declared to be incompatible with democracy and human rights. The reported facts, however, disclose a case of plain Holocaust denial, in which no other evidence was tendered to show that these expressions were connected to, or inspired by, Nazi ideology. Although this is indeed the case normally, courts should establish this link convincingly drawing from the specific circumstances of the case under scrutiny).

⁹⁴ See e.g. *Schimanek v. Austria*, (dec.), 1 February 2000, 32307/96.

⁹⁵ *Parti Communiste d'Allemagne v. Allemagne*, (dec.), 20 July 1957, 250/57; *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, cit.

⁹⁶ *Lehideux and Isorni v. France*, Grand Chamber, 23 September 1998, 24662/94.

Pétain's behaviour by presenting it in a favourable light. Second, by omitting to mention the Marshal's collaboration with the Nazi racist policy – a fact considered to be essential for any objective account – the message implicitly but necessarily contained an apologia for the crimes committed against the Jews.⁹⁷

It was with regard to the first issue, centred upon the historical dispute about the double game theory, that the Grand Chamber put forward the new approach to Article 17, ruling as follows:

The Court considers that it is not its task to settle this point, which is part of an *ongoing debate* among historians about the events in question and their interpretation. As such, it does not belong to the category of *clearly established historical facts* – such as the Holocaust – whose negation or revision would be removed from the protection of Article 10 by Article 17.⁹⁸

The Grand Chamber revived the guillotine effect of the abuse clause, suggesting that its application would entail the content-based exclusion of a certain set of expressions from the scope of the free speech principle. In this regard, the judges drew a line between two classes of historical facts: Those on which the debate is still ongoing among historians, and those that instead are clearly established. The denial of the latter category of events triggers the application of Article 17, which removes such expressions from the protection of the free speech clause. It follows that the Court does not need to perform the three-tier test stipulated under Article 10, and States are not required to justify restrictions on freedom of expression in terms of necessity and proportionality. What matters is whether the expression falls within the category of abusive speech. In the affirmative, the application before the Court will be automatically declared inadmissible, without any concrete assessment of the circumstances of the case.

3.3.2. Some Critical Remarks on *Lehideux*

Many are the issues raised by *Lehideux*, but only two major points will be addressed here.⁹⁹ First, some dissenting judges contested the findings of the majority claiming that a wider margin of appreciation should have been granted to French authorities. In their view, the Court ought to have followed the deferential approach adopted in the fields of morals and religion, since the case focused on historical

⁹⁷ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., para. 42.

⁹⁸ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., para. 47 (emphasis added).

⁹⁹ See, for some critical remarks on *Lehideux*, G. COHEN-JONATHAN, *L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1999, 366 (considering this judgment "l'arrêt le plus tristement étonnant rendu par la Cour européenne"); P. WACHSMANN, *Une certaine marge d'appréciation. Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Brussels, 2000, 1027, here at 1035, 1040.

circumstances peculiar to France, the import of which could not be objectively defined on a European scale.¹⁰⁰

Although this view is shared by some distinguished scholars,¹⁰¹ we submit it is a red herring. Admittedly, the demands related to States' collective memory are not homogeneous throughout Europe; even less so are the anguish and distress that the narration of certain past events may arouse in the population. However, widening the margin of appreciation would lead to a *generalized* restraint on the Court's supervision in the field of historical debate. Consequently the Court would indiscriminately relax its standard on free speech regardless of the State concerned. In our view, this is not an appropriate solution to address States' legitimate concerns. We rather recommend the Court to undertake a thorough context-based analysis of the circumstances of the case, giving due account to *national factors* such as the significance of certain historical facts to the population.

The second issue raised by *Lehideux* might be inscribed within the contentious relationship between law and history.¹⁰² Despite the Court's reassuring statement that "it is not its task to settle this point" (referring to the parties' dispute on the double game theory),¹⁰³ its decision does turn the course of free academic debate on that point. Having introduced the category of clearly established historical facts, the Strasbourg institution cannot avoid ruling on historical matters, in order to decide whether or not a past event is clearly established. In *Lehideux*, the Court defined the two divergent positions expressed by the parties as "conflicting" or "rival" historical theories on which

¹⁰⁰ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., Joint Dissenting Opinion of Judges Foighel, Loizou and Sir John Freeland, para. 4; Dissenting Opinion of Judge Morenilla, para. 2; Dissenting Opinion of Judge Casadevall, para. 3.

¹⁰¹ G. COHEN-JONATHAN, *L'apologie de Pétain devant la Cour européenne*, cit., here at 372-377; A. SCHAUS, *Le délit de presse raciste*, in *Mélanges Pierre Lambert*, cit., 735, here at 755-758.

¹⁰² See, on the differences between legal and historical methods and outcomes, P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 1939, 105, and its review by B. CROCE, in *La Critica*, Vol XXXVII, No. VI, 1939, 445; M. BORRELLO, *Sul giudizio. Verità storica e verità giudiziaria*, Naples, 2011; B. EDELMAN, *L'office du juge et l'histoire*, in *Droit et Société*, No. 38, 1998, 47; T. HOCHMANN, *Les limites à la liberté de l'«historien» en France et en Allemagne*, in *Droit et Société*, No. 69-70, 2008, 527; J.P. LE CROM, J.C. MARTIN, *Vérité historique, vérité judiciaire*, in *Vingtième Siècle. Rev. Hist.*, 1995, 196; C. GINZBURG, *The Judge and the Historian: Marginal Notes on a Late-twentieth-century Miscarriage of Justice*, London, 1999, especially at 117; ID., *Checking the Evidence: The Judge and the Historian*, in *Critical Inquiry*, 1991, 79; M. DAMAŠKA, *What is the Point of International Criminal Justice?*, in *Chi. Kent L. Rev.*, Vol. 83, 2008, 329, here 335-338 (adducing several reasons for the courts' incapacity to genuinely contribute to historical research); F. GAYNOR, *Uneasy Partners – Evidence, Truth and History in International Trials*, in *Journal of International Criminal Justice*, Vol 10, 2012, 1257; M. FESTA, *Applying a Usable Past: The Use of History in Law*, in *Seton Hall Law Review*, 2008, 479; M. STOLLEIS, *Der Historiker als Richter – der Richter als Historiker*, in N. FREI, D. VAN LAAK, M. STOLLEIS (eds.), *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, Munich, 2000, 173.

¹⁰³ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., para. 47. See also *Chauvy and Others v. France*, 29 June 2004, 64915/01, para. 69; *Fatullayev v. Azerbaijan*, 22 April 2010, 40984/07, para. 87 (confirming the principle). Cf. *Ždanoka v. Latvia*, Grand Chamber, 16 March 2006, 58278/00, para. 96 (effectively weakening the principle).

a debate is still ongoing among historians.¹⁰⁴ In so doing, it interfered with the academic debate, assigning a reputable standing – at least *prima facie* – to the double game theory, which on the contrary was considered by the government to be “refuted by all historians.”¹⁰⁵

The *liaisons dangereuses* between legal and historical assessments emerge also in subsequent case law applying the *Lehideux* principle.¹⁰⁶ The first point of interference is direct, deriving from the Court’s pronouncement on whether or not a past event is historically established. The second one is indirect, being implicated by the evaluation on whether domestic authorities based their decisions (which may involve the occurrence of past events) “on an acceptable assessment of the relevant facts, and did not reach arbitrary conclusions.”¹⁰⁷

In sum, the category of clearly established historical facts increases the meddling of legal findings into historical debate. This is all the more inappropriate where a court of law pronounces not only on the *occurrence* of a certain event, but also on its *legal characterization*, making it indisputable pursuant to anti-denialism laws. One should also consider that the Court has extended its scrutiny to the correctness of the “historical method” followed by the author of a publication.¹⁰⁸

We argue that, in principle, it is not for judges to authoritatively rule on these issues. Judicial evaluation should rather be focused on the balance of the countervailing interests underlying the controversy – e.g. freedom of expression against protection of reputation –, without pronouncing on historical matters.¹⁰⁹ That is why the category of “clearly established historical facts” adopted in *Lehideux* should be abandoned.

3.3.3. *Lehideux* Principles in Practice: The *Garaudy* and *Witzsch* cases

While only announced – but not applied – in *Lehideux*, the new role conferred on Article 17 demonstrates its potential in two subsequent cases on Holocaust denial.

The first one originates in the conviction of Roger Garaudy based on some passages in his book, considered by French courts to make up the crimes of Holocaust denial, racial defamation and incitement to racial hatred.¹¹⁰ The Court recalls with approval the precedent of *Lehideux* and goes on as follows:

¹⁰⁴ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., paras 47-48.

¹⁰⁵ *Lehideux and Isorni v. France*, cit., para. 42.

¹⁰⁶ See e.g. *Chauby and Others v. France*, cit., paras 69, 77; *Monnat v. Switzerland*, 21 September 2006, 73604/01, para. 68; *Fatullayev v. Azerbaijan*, cit., paras 81, 87; *Ždanoka v. Latvia*, cit., para. 97.

¹⁰⁷ *Ždanoka v. Latvia*, cit., para. 96.

¹⁰⁸ *Chauby and Others v. France*, cit., para. 77. See *supra*, fn. 102.

¹⁰⁹ See *Chauby and Others v. France*, cit., *Concurring Opinion of Judge Thomassen*.

¹¹⁰ *Garaudy c. France*, (dec.), 24 June 2003, 65831/01. See, for some comments on the decision, M. LEVINET, *La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l’homme face au négationnisme. Obs. s/ la décision du 24 juin 2003, Garaudy c. France*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2004, 653; D. ROETS,

There can be no doubt that denying the reality of clearly established historical facts, such as the Holocaust, as the applicant does in his book, does not constitute historical research akin to a quest for the truth. [...] The denial or rewriting of this type of historical fact undermines the values on which the fight against racism and anti-Semitism are based and constitutes a serious threat to public order. Such acts are incompatible with democracy and human rights because they infringe the rights of others. Their proponents indisputably have designs that fall into the category of aims prohibited by Article 17 of the Convention.¹¹¹

Since the applicant's "real purpose" was to rehabilitate the Nazi regime and the main content of his book was "markedly revisionist," the judges considered his expressions to run counter to the fundamental values of justice and peace.¹¹² Accordingly they applied the abuse clause and rejected this part of the application as incompatible *ratione materiae* with the Convention.¹¹³

It may be argued that the judgment in *Garaudy* seems to confine the scope of Article 17 to expressions that not only deny historical facts, but also show a racist or anti-Semitic intent, or aim at rehabilitating the Nazi regime. The validity of this thesis is tested below.

Witzsch v. Germany (2) is a case that, though having received less attention than others, turns out to be useful in our analysis.¹¹⁴ It regards a private letter that contained statements casting doubt over Hitler's and his party's responsibility for the extermination of Jews, the existence and magnitude of which is not questioned. *Witzsch* cannot therefore be considered as a "classic" case of Holocaust denial, since neither the existence of the Holocaust *per se*, nor that of the gas chambers is contested.

That is why the Court had to expand the *Lehideux* principle, holding that not only the denial of the Holocaust, but also that of its "equally significant and established circumstances" fall within the scope of Article 17.¹¹⁵

It is interesting to observe that this case does not present any indicia of racism, nor do the judges uncover an underlying pro-Nazi purpose of the expressions. The application of the abuse clause is rather linked to "the applicant's disdain towards the victims of the Holocaust."¹¹⁶

Épilogue européen dans l'affaire Garaudy: les droits de l'homme à l'épreuve du négationnisme, in *Recueil Dalloz*, 2004, 239.

¹¹¹ *Garaudy c. France*, cit., (en droit), para. 1(i), p. 29 (English translation found on the Court's website).

¹¹² *Garaudy c. France*, cit., (en droit), para. 1(i), p. 29.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Witzsch v. Germany* (2), (dec.), 13 December 2005, 7485/03.

¹¹⁵ *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the law), para. 2, p. 8.

¹¹⁶ *Ibid.*

This finding puts into question the hypothesis according to which Article 17 is invoked in connection with racist or Nazi-related activities. Conversely, some cases concerning patently racist expressions are dismissed pursuant to Article 10 only.¹¹⁷

A brief analysis of the circumstances in which Article 17 is applied is therefore required in order to elucidate the provision's actual reach and to understand whether the Court is extending it to the denial of historical facts other than the Holocaust.

4. The Scope of the Abuse Clause

The present section aims to expose the subject matter of Article 17, namely, to identify the host of activities that are considered to run counter to the values underlying the Convention.

4.1. *Protection of the Democratic System*

Having in mind the collapse of democratic systems in pre-World War II Europe, the drafters of the Convention decided to introduce a mechanism enabling democracy to defend itself, that is, the abuse clause – a provision indebted to the constitutional law concept of “militant democracy.”¹¹⁸ Their intention was expressed in the *Travaux Préparatoires* as follows:

It is necessary to prevent totalitarian currents from exploiting, in their own interest, the principles enunciated in the Convention; that is, from invoking the rights of freedom in order to suppress Human Rights.¹¹⁹

Thus Article 17 was initially conceived as an additional safeguard against the threats posed by groups or individuals pursuing totalitarian aims. In this seminal stage, its application proved to be infrequent, being confined to two cases in which it determined the exclusion of anti-democratic or blatantly racist activities from the protective umbrella of the Convention.¹²⁰ Then – as described above – from *Kühnen*

¹¹⁷ See *infra*, § III.4.2.

¹¹⁸ The concept has been articulated by German philosopher Karl Loewenstein: K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *The American Political Science Review*, 1937, 417, 638. See also K. MANNHEIM, *Diagnosis of our time: wartime essays of a sociologist*, London, 1943; M. LERNER, *It is later than you think: the need for a militant democracy*, New York, 1943 (republished by Transaction Publishers, New Brunswick, 1989); E. JESSE, *Streitbare Demokratie, Theorie Praxis, und Herausforderungen in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1981; G.P. BOVENTER, *Grenzen politischer Freiheit im demokratischen Staat: das Konzept der streitbaren Demokratie im einem internationalen Vergleich*, Berlin, 1985.

¹¹⁹ *Travaux Préparatoires, Comptes rendus de l'Assemblée Consultative*, 1949, First Session, 1235, 1237, 1239 (quoted in *Parti Communiste d'Allemagne c. République Fédérale d'Allemagne*, (dec.), 20 July 1957, 250/57, p. 4). See also P. LE MIRE, *sub* Article 17, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2nd ed., Paris, 1999, here at 510-512.

¹²⁰ *Parti Communiste d'Allemagne c. Allemagne*, cit.; *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, cit. See also *Lawless v. Ireland* (3), 1 July 1961, 332/57, (the law), para. 7. See, for some critical remarks

onwards the Strasbourg organs rectified the role attributed to Article 17 so as to turn it into an “*arrière-fond interprétatif*.”¹²¹ Since this case, and for nearly twenty years, the abuse clause has been invoked mainly in relation to expressions of Holocaust denial, given their mixed Nazi-inspired and racist character.¹²²

It was not until the new millennium that Article 17 expanded its scope, so much so that still in 2001 a distinguished scholar regretted its “*très large sous-utilisation jurisprudentielle*.”¹²³ However, some principles of interpretation may be inferred from a group of cases (mostly arising from Turkey) concerning the dissolution of political parties deemed by domestic authorities to pursue anti-democratic goals.¹²⁴

In such instances, the Court took the opportunity to emphasise the puissant connection between the Convention and democracy, the latter being considered as the only political model compatible with the Convention, and as a “fundamental feature of the European public order.”¹²⁵ In the light of modern European history, however, it cannot be ruled out that the Convention’s rights are relied upon “in order to weaken or destroy the ideals and values of a democratic society.”¹²⁶ That is the *raison d’être* of Article 17¹²⁷ – a provision which accordingly confers legitimacy to the efforts undertaken by domestic authorities to ensure “the greater stability of the country as a whole” by limiting some of the individuals’ rights.¹²⁸ Hence, *wehrhafte Demokratie* (i.e. militant democracy) is a political model compatible with the Convention, provided that a *reasonable compromise* between individuals’ freedoms and limitations enforced to defend the democratic system is achieved.¹²⁹ This evaluation has been conducted by the Court by giving utmost importance to the circumstances of the case, notably to the

on *Parti Communiste*, J.A. FROWEIN, *sub* Article 17 – Verbots des Missbrauchs der Rechte, in J.A. FROWEIN, W. PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention - EMRK Kommentar*, 3rd ed., Kehl, 2009, here at 432; Y. ARAI, *Prohibition of Abuse of the Rights [...]*, in P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed., Oxford, 2006, here at 1087.

¹²¹ S. VAN DROOGHENBROECK, *L’article 17 de la Convention européenne*, cit., here at 553-555.

¹²² See *supra*, § III.3.2.

¹²³ S. VAN DROOGHENBROECK, *L’article 17 de la Convention européenne*, cit., here at 543. See also A. SPIELMANN, *La Convention européenne des droits de l’homme et l’abus de droit*, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Brussels, 1998, 673, here at 674.

¹²⁴ *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, Grand Chamber, 30 January 1998, 19392/92; *Socialist Party and Others v. Turkey*, Grand Chamber, 25 May 1998, 21237/93; *Freedom and Democracy Party (Özdep) v. Turkey*, Grand Chamber, 8 December 1999, 23885/94; *Yazar and Others v. Turkey*, 9 April 2002, 22723/93, 22724/93 and 22725/93; *Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, Grand Chamber, 13 February 2003, 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98; *Parti Socialiste de Turquie (STP) et autres c. Turquie*, 12 November 2003, 26482/95.

¹²⁵ *United Communist Party v. Turkey*, cit., para. 45.

¹²⁶ *Refah Partisi v. Turkey*, cit., para. 99.

¹²⁷ *Ždanoka v. Latvia*, cit., para. 99.

¹²⁸ *Refah Partisi v. Turkey*, cit., para. 99.

¹²⁹ See *Ždanoka v. Latvia*, cit., para. 100.

historical and political context characterising the concerned country¹³⁰ and to the imminence of the risk posed to democracy.¹³¹

4.2. *Racism and Other Forms of Hate Speech*

Another field in which the Court has declared the relevance of the principles embodied in Article 17 is the fight of democracies against intolerance. Although the abuse clause has not been actually applied here yet, current European jurisprudence on hate speech invariably refers to it.

During the initial phase, until the beginning of the 21st Century, Article 17 was brought into play in this field solely in connection to strictly racist speech,¹³² whereas expressions more broadly qualified as hate speech were dealt with pursuant to Article 10¹³³ even where deemed capable of inciting violence.¹³⁴

A broader approach to Article 17 has been inaugurated in 2003, when the Court held that:

[T]here can be no doubt that concrete expressions constituting hate speech, which may be insulting to particular individuals or groups, are not protected by Article 10 of the Convention.¹³⁵

Since then, activities constituting hate speech have constantly been declared to fall outside the protection guaranteed by the Convention. In parallel with this development, the notion of hate speech has been likewise widened so as to encompass also expressions that do not call for unlawful conduct or acts of violence, given that

¹³⁰ See e.g. *Refah Partisi v. Turkey*, cit., paras 105, 124-125; *Ždanoka v. Latvia*, cit., paras 121, 133; *Vogt v. Germany*, Grand Chamber, 26 September 1995, 17851/91, para. 59 (cf. *Kosiek v. Germany*, 28 August 1986, 9704/82, *Partly Dissenting Opinion of Judge Spielmann*, paras 26, 28-29, 33); *Rekvénki v. Hungary*, 20 May 1999, 25390/94, paras 41, 46, 48.

¹³¹ See e.g. *Refah Partisi v. Turkey*, cit., paras 102, 104, 108-110.

¹³² *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*, cit.; *B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria*, cit.; *Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, 15890/89, para. 35. See, on whether the latter case actually refers to Article 17, S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne*, cit., here at 557; C. PICHERAL, *Discrimination raciale et convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, 517, here at 537; contra D. KEANE, *Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, 641, here at 654-655. See also, for some critical remarks on *Jersild*, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10th ed., Paris, 2011, here at 597; G. COHEN-JONATHAN, *Discrimination raciale et liberté d'expression*, in *Rev. univ. dr. h.*, 1995, 1; P. LAMBERT, *La résurgence du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie, en Europe*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, 271, here at 274.

¹³³ See e.g. *Zana v. Turkey*, Grand Chamber, 25 November 1997, 18954/91, para. 60; *Sürek v. Turkey (3)*, Grand Chamber, 8 July 1999, 24735/94, para. 40; *Sürek and Özdemir v. Turkey*, Grand Chamber, 8 July 1999, 23927/94 and 24277/94, para. 61; *Erdogdu and Ince v. Turkey*, Grand Chamber, 8 July 1999, 25067/94 and 25068/94, para. 52.

¹³⁴ *Sürek v. Turkey (1)*, Grand Chamber, 8 July 1999, 26682/95, para. 62; *Sürek v. Turkey (3)*, cit., para. 40; *Osmani and Others v. "The former Yugoslav Republic of Macedonia"*, (dec.), 11 October 2001, 50841/99.

¹³⁵ *Gündüz v. Turkey*, 4 December 2003, 35071/97, para. 41.

they “représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les Etats démocratiques.”¹³⁶

As mentioned, however, the application of the abuse clause to cases of unqualified hate speech – though foreshadowed – has been excluded as of yet. However, in relation to certain categories of speech, the Court in recent years appears to have departed from this attitude of self-restraint, as demonstrated by the increasing application of Article 17. The abuse clause has gradually extended its reach from racism, totalitarian activities and Holocaust denial to other “related issues,”¹³⁷ including expressions motivated by anti-Semitic¹³⁸ or Islamophobic¹³⁹ purposes, and statements unequivocally directed to justifying war crimes¹⁴⁰ or denying crimes against humanity.¹⁴¹

Nevertheless, the Court has failed to set out coherent guidelines on the “new course” of Article 17. Indeed, it has sometimes conducted its examination in accordance with the ordinary test envisaged in Article 10, in spite of the fact that the speech under scrutiny belonged to one of the categories previously declared to fall outside the protection of the Convention. This occurred in relation to expressions of anti-Semitism¹⁴² and Islamophobia,¹⁴³ but even with regard to racist speech,¹⁴⁴ which may be considered to stand at the furthest distance from the values underlying the Convention.

4.3. *Protection of Victims’ Dignity*

We have seen that the issues raised by the Court’s case law on Holocaust denial cannot be disposed of by simplistically arguing that such statements are penalized due to their racist or totalitarian nature. In fact, Article 17 has been applied to expressions of Holocaust denial quite independently from a finding of their racist tendency, while clearly racist speech has not always triggered the abuse clause.

The key to appreciate the reasons behind the Court’s tough rejection of Holocaust denial (echoed in its recent approach to other types of denialism) lies in the

¹³⁶ *Féret c. Belgique*, 16 July 2009, 15615/07, para. 73.

¹³⁷ *Witzsch v. Germany* (2), cit., (the law), para. 2, p. 8.

¹³⁸ *W.P. and Others v. Poland*, (dec.), 2 September 2004, 42264/98, (the law), para. 2(b)(iii), p. 11; *Pavel Ivanov c. Russia*, (dec.), 20 February 2007, 35222/04, (the law), para. 1, p. 4.

¹³⁹ *Norwood v. United Kingdom*, (dec.), 16 November 2004, 23131/03, (the law), p. 4.

¹⁴⁰ *Orban et autres c. France*, 15 January 2005, 20985/05, para. 35.

¹⁴¹ *Janowiec and Others v. Russia*, cit., para. 165.

¹⁴² *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, 4 November 2008, 72596/01.

¹⁴³ *Le Pen c. France*, (dec.), 20 April 2010, 18788/09, (en droit), para. 1, p. 7 (in which the applicant described in negative terms the Muslim community as a whole).

¹⁴⁴ *Seurot c. France*, (dec.), 18 May 2004, 57383/00, (en droit), p. 9 (in which the Court found unnecessary to determine the applicability of Article 17, given that the case could be likewise rejected as inadmissible pursuant to Article 10(2)).

next element falling within the scope of Article 17. In a number of cases, the abuse clause was applied to acts constituting an attack against the dignity of victims of serious violations of fundamental rights. There are two different aspects to be recalled in this regard.

Firstly, any discourse dealing with grave crimes is likely to provoke profound distress in the victims and their relatives. The respondent governments often made reference to such painful feeling to justify the restrictions imposed on expressions regarding dramatic past events.¹⁴⁵ The Court, however, stressed that this factor cannot alone set the limits of freedom of speech. A balance must be struck between the respect due to the victims' sentiments and the right enshrined in Article 10, taking also into account the time elapsed from the past events.¹⁴⁶

Secondly, the Court found that a relevant element is whether or not the applicant has an intention to humiliate or debase the victims. In particular, the judges ascertained whether the conduct sought to exonerate the persons to which the crimes are attributed, to mitigate their responsibility or otherwise approve their actions.¹⁴⁷

This jurisprudence becomes useful to clarify the evolution concerning the application of Article 17 to Holocaust denial. Whilst the Court's approach to the latter was initially connected to the rejection of Nazi policies, it assumes nowadays a further meaning that is focused on the special regard paid by the Court to the victims of serious human rights' violations. It is in this light that the application of the abuse clause to the denial of clearly established historical facts must be read. Thus the Strasbourg institution is not so much condemning totalitarian doctrines as a disrespectful attitude towards human rights. This is confirmed by the recent *dicta* in which the judges have foreshadowed the application of Article 17 to other types of denial, not limited to that of Nazi crimes.

5. A Gravity Threshold in the Application of the Abuse Clause

As mentioned, Article 17 is now being interpreted as a legal instrument enabled to remove a set of abusive expressions from the protection guaranteed by Article 10. Accordingly, a finding that a certain statement falls under an unprotected class of

¹⁴⁵ See e.g. *Lehideux and Isorni v. France*, cit., para. 43; *Orban et autres c. France*, cit., para. 28; *Vajnai v. Hungary*, 8 July 2008, 33629/06, para. 33.

¹⁴⁶ *Orban et autres c. France*, cit., para. 52; *Vajnai v. Hungary*, cit., para. 57; *Leroy c. France*, 2 October 2008, 36109/03, para. 27.

¹⁴⁷ *Fatullayev v. Azerbaijan*, 22 April 2010, 40984/07, paras 81, 98. See also *Vajnai v. Hungary*, cit., para. 25; *Fáber v. Hungary*, 24 July 2012, 40721/08, para. 58.

speech should directly lead to the rejection of the application without examining the merits thereof. This would be the logic underlying a content-based restriction.¹⁴⁸

The cases described above, however, demonstrate that the Court has often subjected the application of the abuse clause to a *threshold of gravity*. Whereas in *Pavel Ivanov* and in *Garaudy* Article 17 was applied on account of the “markedly” anti-Semitic or revisionist character of the publications,¹⁴⁹ in other instances the Court refuted its application because the expressions at hand were not sufficiently serious to warrant their categorical exclusion from the protection of the Convention.¹⁵⁰

Considerations in terms of gravity are also likely to have implicitly inspired other cases, in which the judges centred their analysis on whether the purpose underlying the conduct was *univocally* directed at the destruction of the Convention’s rights.¹⁵¹ In some other occasions the exclusion of the abuse clause was similarly motivated making reference to the *indirect* character of the conduct in question.¹⁵²

¹⁴⁸ For an overview of the evolution concerning content-based restrictions in the United States’ legal system, see e.g. D.A. FARBER, *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, in *Indiana Law Journal*, 2009, 917; K.M. SULLIVAN, *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, in *University of Colorado Law Review*, 1992, 293; J.H. ELY, *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, in *Harvard Law Review*, 1975, 1482; K. WERHAN, *The Liberalization of Freedom of Speech on a Conservative Court*, in *Iowa Law Review*, 1994, 51, here at 53-66. F. SCHAUER, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, *Vanderbilt Law Review*, 1981, 265.

¹⁴⁹ *Pavel Ivanov c. Russia*, cit., (the law), para. 1, p. 4; *Garaudy c. France*, cit., (en droit), para. 1(i), p. 29.

¹⁵⁰ See e.g. *Soulas et autres c. France*, cit., paras 23, 48 (see U. BELAVUSAU, *A Dernier Cri from Strasbourg: An Ever Formidable Challenge of Hate Speech (Soulas & Others v. France, Leroy v. France, Balsyte-Lideikiene v. Lithuania)*, in *European Public Law*, 2010, 373); *Féret c. Belgique*, cit., paras 52, 82. See also *Bingöl c. Turquie*, 22 June 2010, 36141/04, paras 32, 39; *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, 4 November 2008, 72596/01 (a case concerning inter alia statements inciting hatred against the Poles and the Jews which was dismissed absent any reference to Article 17, probably because it dealt with expressions belonging more to extreme nationalism than to anti-Semitism and thus considered to be not so inimical to the Convention’s values as to warrant the application of the abuse clause). But see *Hizb Ut-Tahrir and Others v. Germany*, cit.

¹⁵¹ *Leroy c. France*, cit., para. 27 (in which a humoristic cartoon was not considered to be so much an unequivocal justification of a terroristic attack as to warrant its exclusion from the safeguards of Article 10); *Orban et autres c. France*, cit., para. 35 (proclaiming to fall outside the scope of the free speech clause only statements having “sans equivoque” the goal of justifying war crimes such as torture or summary executions); *Vajnai v. Hungary*, cit., paras 25, 51-53 (ruling out the application of Article 17 owing to the ambiguity of the contested expression, deriving from the multiple meanings attributable to it). See also B. NICAUD, *La Cour européenne des droits de l’homme face à la caricature de presse*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2009, 1109, here 1111-1112 (arguing that the application of Article 17 should be avoided with regard to all forms of artistic expression, given their need to be “examinée avec une attention particulière”).

¹⁵² *Lehideux and Isorni v. France*, cit., *Joint Dissenting Opinion of Judges Foighel, Loizou and Sir John Freeland*, para. 6 (noting that the expressions were “too indirect or remote” to disable the applicants from relying on Article 10); *Vejdeland and Others v. Sweden*, cit., para. 54 and its attached *Concurring Opinion of Judge Yudkivska Joined by Judge Villiger*, para. 5 (suggesting that Article 17 was not applied since the statements under scrutiny “did not directly recommend individuals to commit hateful acts” (emphasis added)). See also *United Communist Party v. Turkey*, cit., paras 32, 60; *Socialist Party v. Turkey*, cit., paras 29, 53; *Freedom and Democracy Party v. Turkey*, cit., para. 47 (in all these cases, the Court dismissed the Government’s requests that Article 17 be applied because it was not demonstrated that the applicants engaged in activities aimed to destroy any of the rights enshrined in the Convention).

Another relevant factor in the application of Article 17 might be identified in the presence of *countervailing interests* that prevent the expressions from being considered as manifestly abusive. These opposing interests presumably inspired the decision to rely on the ordinary test under Article 10 in relation to political discourse¹⁵³ – a type of speech whose restrictions are normally subject to strict scrutiny.¹⁵⁴ They also came to light where the Court gave relevance to the fact that the applicant’s conduct was capable of contributing to an ongoing debate over a matter of public interest.¹⁵⁵

In conclusion, if the Court has recently widened the classes of speech to which Article 17 is in principle applicable, it has also introduced a series of gravity-based criteria, thereby seeking to confine the abuse clause to exceptional circumstances.¹⁵⁶

Nevertheless, in contrast to the principles adopted in this field by some European systems,¹⁵⁷ the Strasbourg judges allowed free speech to be subject to limitations not only where an expression was likely to disturb the “material dimension” of public order – i.e. the population’s physical conditions of safety and security – but also where the *values* underlying such expression run counter those implied by the Convention. In the Court’s view, therefore, the protection of democracy entails a two-fold strategy: Preserving both the material and the ideological conditions considered to be essential to the maintenance and development of this political model. In doing so, however, the Court is embarking on a concerning trend of increasing restrictions on speech that – though disquieting it might be for a considerable part of the audience – does not raise any real threat to public peace. Apart from the contradiction with the principles solemnly put forth in the landmark case of *Handyside*,¹⁵⁸ the risk inherent in this development is set out in a remarkable dissenting opinion:

La possibilité de réglementer un discours du fait de son seul contenu et les restrictions ainsi apportées à ce discours reposent sur l'idée que certains propos vont à l'encontre de l'esprit de la Convention. Mais un « esprit » ne propose pas des

¹⁵³ *Le Pen c. France*, cit.

¹⁵⁴ See e.g. *Wingrove v. United Kingdom*, cit., para. 58.

¹⁵⁵ *Orban et autres c. France*, cit., paras 49, 54; *Giniewski v. France*, 31 January 2006, 64016/00, para. 50 (observing that the applicant made a contribution to an ongoing debate “without sparking off any controversy that was gratuitous or detached from the reality of contemporary thought”).

¹⁵⁶ *Paksas v. Lithuania*, 6 January 2011, 34932/04, para. 87 (affirming that Article 17 is “applicable only on an exceptional basis and in extreme cases”). This approach was also adopted by the Commission in one of Article 17’s first applications: *De Becker c. Belgique*, Rapport de la Commission, 22 January 1960, 214/56, para. 279, p. 165.

¹⁵⁷ See e.g. Italian Constitutional Court, Judgments No. 65/1970, 108/1974, 1/1975, 71/1978 and 126/1985 (in which the limit of the constitutional right to free speech was set out, holding that only expressions likely to provoke the commission of crimes may be criminally punished; consequently, the mere expression of an opinion may not be held unlawful, unless it incites to illegal action); Spanish Constitutional Court, Judgment No. 235/2007, para. 4 (finding that freedom of speech may not be limited on the sole ground that a given opinion runs counter the essence of the Constitution, but it must be demonstrated that it infringes other constitutionally-protected interests).

¹⁵⁸ See *supra*, § III.2.

standards clairs et ouvre la porte aux abus. Les êtres humains, y compris les juges, tendent à qualifier les opinions qui ne leur conviennent pas de proprement inadmissibles et, partant, à les exclure de la sphère de l'expression protégée.¹⁵⁹

6. Holocaust Denial vis-à-vis the Case law on Article 17: Exception to an Exceptional Regime

The denial of the Holocaust – as mentioned – was initially subsumed under Article 17 due to its affiliation with Nazi-related activities, for the repression of which the abuse clause had been initially conceived. This association of Holocaust denial with Nazism, however, has never been assessed *in concreto* by European judges, but considered as an intrinsic feature of the former.¹⁶⁰ The Court grounded this inference on a seemingly un rebuttable presumption, often relying upon the findings of domestic courts, which were never questioned – in sharp contrast to the autonomous evaluation of the factual circumstances of the case undertaken in other free speech decisions.¹⁶¹ Even during the stage in which Holocaust denial was adjudicated pursuant to Article 10,¹⁶² the simultaneous reference to Article 17 led to the case being dismissed summarily, absent any context-based examination.

Admittedly, these characters emerge with regard to most cases in which Article 17 comes into play. Nonetheless, we argue that the principles applied to Holocaust denial constitute as a whole an *exception to the already exceptional regime* envisaged under the abuse clause. Even in relation to racism and anti-Semitism – that might be placed immediately after Nazism, in a virtual ranking of activities at odds with Convention ideals – the Court appears to have stood by gravity-based context-sensitive criteria to limit the application of the abuse clause to extreme cases.¹⁶³

In contrast, in Holocaust denial cases European judges have never verified the univocal aim of a given expression, the context in which it was uttered or the relevance of other opposing interests.¹⁶⁴ Nor have they carefully assessed whether democracy had

¹⁵⁹ *Féret c. Belgique*, cit., *Opinion Dissidente du Juge Andràs Sajó a laquelle déclarent se rallier les Juges Vladimiro Zagrebelsky et Nona Tsotsoria*, p. 26.

¹⁶⁰ See J. TEMPERMAN, *Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech*, in *Brigham Young University Law Review*, 2011, 729, here at 729 (pointing to the “automatic, self-evident correlation between Holocaust denial and the denier’s active undermining of the rights of others”).

¹⁶¹ H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause*, cit., here at 82 (criticising the Court’s deferent approach to domestic courts’ assessments in Holocaust denial cases, which contrast with the strict scrutiny it employed in other free speech cases, notably in Turkish cases of separatist propaganda).

¹⁶² See *supra*, § III.3.2.

¹⁶³ See e.g. *Seurot c. France*, cit.; *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, cit.; *Jersild v. Denmark*, cit. See also D. KEANE, *Attacking Hate Speech Under Article 17*, cit., here at 642 (observing that the Court has adopted in relation to Holocaust denial a stricter standard than that shown in respect of other forms of hate speech).

¹⁶⁴ Cf., regarding the need to guarantee the public debate on questions of historical interest, *Lehideux and Isorni v. France*, cit., para. 55; *Orban et autres c. France*, cit., para. 52; *Monnat v. Switzerland*, 21 September 2006, 73604/01, paras 58, 64.

truly been exposed to threat in consequence of the applicant's conduct. In this regard, it is useful to recall that in many instances the Court gave prominence to the political context of the respondent State, suggesting that measures directed to defend the democratic system from totalitarian activities cannot be draconian where they are taken within "stable democrac[ies]" fully integrated into the European institutions and values.¹⁶⁵ Also when the Court acknowledged the need to respect the victims' human dignity, it has at the same time held that this factor cannot alone set the limits of free speech, but that it is appropriate to proceed to a balancing exercise.¹⁶⁶

In short, when it comes to Holocaust denial the Court invariably tips the balance against freedom of expression, privileging the stability of the system and the demands of victims. This uniquely harsh judicial treatment of Holocaust denial – incomparable to that of other forms of speech falling under the abuse clause – has given rise to theories according to which such a severe reaction springs from the meaning assumed by the Holocaust and the other Nazi crimes. Disputing such atrocities "shake[s] the ethical and legal basis of postwar reconstruction," which relies on the unconditional disapproval of a founding event – the Nazi genocide.¹⁶⁷

Were this special regime limited to the denial of the Holocaust, it could perhaps be considered as a minor issue, unworthy of much attention by scholars. Recalling the logic behind the *wehrhafte Demokratie*, one could even accept a negligible area of opinions to be removed from the protection of free speech principles, subject to strict conditions of applicability. However, expressions included under the notion of denialism are on the rise, encompassing the denial of a wide range of events other than the Holocaust.¹⁶⁸ Indeed, Strasbourg case law provides for Article 17 to cover not only the denial of the Nazi crimes, but that of a much broader set of historical facts, once they are considered "clearly established."

The problems raised by the Court's development in this field, therefore, are far from being unimportant or peripheral. It is not of a pardonable sort of "original sin" we are now discussing. Rather, there is a need to uncover the dangers of a case law

¹⁶⁵ *Vajnai v. Hungary*, cit., para. 49. See *supra*, fn. 130 (observing the key role attributed to historical and political context).

¹⁶⁶ See *supra*, § III.4.3.

¹⁶⁷ E. FRONZA, *The Criminal Protection of Memory. Some Observations About the Offence of Holocaust Denial*, in L. HENNEBEL, T. HOCHMANN (eds.), *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011, 155, here at 179. See also L. DOUGLAS, *The Memory of Judgment. Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, New Haven-London, 2001, here at 220 (defining the Holocaust, with reference to Germany, as "foundational cataclysmic violence"); C. JOERGES, N.S. GHALEIGH (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Hart, 2003; F. STRENG, *Verharmlosen des Holocaust durch den Verteidiger?*, in *Juristen Zeitung*, 2001, 201, here at 205 (referring to a "zentrale moralische Grundlagen der staatlichen Gemeinschaft").

¹⁶⁸ Domestically, copious European States have extended the criminalisation well beyond the denial of the Holocaust. At the European Union level, the Framework Decision 2008/913/JHA promotes the punishment of the denial of all core international crimes. See *supra*, Chapter II.

potentially capable of expanding the scope of validity of criminal restrictions on freedom of expression in an area – the formation and preservation of a shared memory on a country's founding past events – that is critical to the contemporaneous demands of identity building.¹⁶⁹

7. Article 17 to Cover All International Crimes? Towards a Fourth Stage in the Strasbourg Case Law

Recall that *Lehideux* Article 17 has been interpreted as covering the denial of clearly established historical facts. A turn in this position surfaced already in *Garaudy*, when the Court made reference to the denial of crimes against humanity, though in that case this different language aimed to indicate the same fact, i.e. the Holocaust.¹⁷⁰

A clearer signal of the change in progress came from *Orban*, in which the Court declared to be removed from the reach of Article 10 conduct consisting in “justifier des crimes de guerre tels que la torture ou des exécutions sommaires.”¹⁷¹ It may be argued that this novel definition of Article 17's boundaries does not necessarily replace the category of clearly established historical facts. Yet the recent case of *Janowiec v. Russia* appears to sanction this shift in the Court's case law on denialism:

[T]he Court reiterates its constant position that a denial of *crimes against humanity*, such as the Holocaust, runs counter to the fundamental values of the Convention and of democracy, namely justice and peace (see *Lehideux* [...] and *Garaudy*).¹⁷²

Even though the *dictum* is disguised as a Court's “constant position,” it confirms that the principle set forth in *Lehideux* is being abandoned through a redefinition of the scope of Article 17. By expelling from the protection of the Convention the denial or the glorification of all core international crimes,¹⁷³ the Court has aligned its jurisprudence to the provisions of the aforementioned EU Framework Decision 2008/913/JHA. In passing it is to be observed, however, that the Framework Decision promotes the criminalisation of such conduct only in so far as it “is carried out in a manner likely to incite to violence or hatred.”¹⁷⁴

¹⁶⁹ See P. NORA, *Between Memory and History: Les Lieux de Mémoire*, in *Representations*, 1989, 7; E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milan, 2012, here at 7, 19; A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost.*, 2009, 7. See also the articles included in the Special Issue *Confronting Memories*, in *German Law Journal*, 2005, Vol. 6, No. 2.

¹⁷⁰ *Garaudy c. France*, cit., (en droit), para. 1(i), p. 29.

¹⁷¹ *Orban et autres c. France*, cit., para. 35, whose *dictum* was upheld in *Paksas v. Lithuania*, cit., para. 88.

¹⁷² *Janowiec and Others v. Russia*, 16 April 2012, 55508/07 and 29520/09, para. 165 (emphasis added). The case is now pending before the Gran Chamber.

¹⁷³ See *Fáber v. Hungary*, cit., para. 58 (referring to “glorification of war crimes, crimes against humanity or genocide”).

¹⁷⁴ Decision, Article 1(1)(c) and (d).

There is a further aspect emerging from *Janowiec*. The finding of a violation was grounded on the attitude shown by Russian authorities towards the relatives of the victims of a heinous crime committed in 1940 by the Soviet army against Polish prisoners of war – an event remembered as the “Katyn massacre.” The Court stigmatized inter alia the domestic judicial proceedings, considered to be “not only contradictory and ambiguous but also contrary to [...] established historic facts.”¹⁷⁵ It went on to hold that States are required “to exhibit a compassionate and respectful approach” to the relatives of the victims and to assist them “in obtaining information and uncovering relevant facts.”¹⁷⁶ It follows that failure to comply with this obligation – that mandates an attitude of respect towards, and recognition of, the suffering of grave crimes’ victims – amounts to an activity in contrast with the Convention’s underlying values.¹⁷⁷

This finding discloses a radical shift in the explanatory paradigm ultimately behind the Court’s outlook on denialism. Whilst the veto on Holocaust denial derived from historical reasons linked to the rejection of the Nazi atrocities, the present trend to marginalise the denial of a wider (and potentially infinite) range of serious past crimes relies upon a different rationale. In accordance with an international tendency directed to enhance victims’ rights,¹⁷⁸ the Court is endorsing the need – emerging from social contexts becoming increasingly heterogeneous – to construct a European identity grounded upon shared values. Among such basic ideals, a seminal role is assigned to the respect for fundamental rights. It is in this light that expressing disdain towards the victims, disputing the reality of their past sufferings, is tantamount to disowning human rights as such, and accordingly strikes at the heart of this set of values.

The perturbing nature of denialism, therefore, does not lie (anymore) so much in its capacity to erode European States’ anti-totalitarian post-war foundations. Rather, it undermines the current process of re-foundation based on the values of tolerance and respect for human rights – a process that is underway, in our continent, in systems experiencing a decline of the social bonds traditionally ensured by the concept of “nation.”

¹⁷⁵ *Janowiec and Others v. Russia*, cit., paras 162, 164.

¹⁷⁶ *Janowiec and Others v. Russia*, cit., para. 163.

¹⁷⁷ *Janowiec and Others v. Russia*, cit., paras 162, 164-166.

¹⁷⁸ See e.g. J.-M.S. SANCHEZ, *Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”*, in *Derecho en sociedad*, No. 1, 2011, 37; R. LETSCHERT, J. VAN DIJK (eds.), *The new faces of victimhood: globalization, transnational crimes and victim rights*, Dordrecht, 2011; C. FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, *International Law of Victims*, Dordrecht, 2012; C. MCCARTHY, *Victim Redress and International Criminal Justice* [...], in *Journal of International Criminal Justice*, 2012, 351; G. FORNASARI, E. FRONZA, *Le antinomie tra diritto penale interno e diritto penale internazionale* [...], in ID. (eds.), *Percorsi giurisprudenziali* [...], Trento, 2011, 1.

It must be emphasised that, notwithstanding the far-reaching theoretical principles it has proclaimed, the Court has not yet concretely applied the abuse clause to the denial of facts other than the Holocaust. The chance to test the Court's actual will to extend the scope of Article 17 to cover a broader concept of denialism is coming soon. The verdict in the case of Doğu Perinçek – the first individual to be criminally convicted for the denial of the Armenian genocide¹⁷⁹ – is expected to be imminent, the application having been filed five years ago.¹⁸⁰ It will be interesting to see how the Court will address a number of issues: Whether it will opt for dismissing the case under Article 17; and whether it will stick to the category of clearly established historical facts or it will confirm the reliance on international crimes. Since Perinçek's statements were considered by Swiss courts to be inspired by racist motives, it is also possible that Strasbourg judges will select a less controversial avenue, relying on the Article 10-centred framework developed in respect of hate speech. In this manner, though, the Court would miss an intriguing opportunity to clarify its stance on denialism and rebut the concerns levelled by free speech advocates.

8. Conclusion

A notable study by Hannes Cannie and Dirk Voorhoof has outlined three major “undesirable consequences” stemming from the guillotine effect of the abuse clause.¹⁸¹ First, the dismissal of the application under Article 17 occurs with no or superficial context examination – an assessment vital to the effective protection of freedom of expression. Second, in cases decided pursuant to the abuse clause the proportionality test is neglected; as a result, the fact that speech is repressed through prison sentences is an element that may not be taken into consideration. Third, this provision raises structural problems in so far as it produces the effects of *a*) lifting States from the onus to convincingly justify the interference, *b*) marginalising the Court's scrutiny on such justifications, and *c*) affording legitimacy to domestic practices invoking the abuse clause to ban unpopular views.

Further noting that Article 17 is in fact unnecessary in the protection of democracy and human rights, the Authors conclude encouraging the Court “to treat all (alleged) hate speech cases equally under the speech-protective framework provided by

¹⁷⁹ Losanne District Court judgment of 9 March 2007, confirmed on appeal on 19 June 2007 and upheld finally by the Swiss Federal Tribunal judgment of 12 December 2007, No. 6B_398/2007.

¹⁸⁰ The application is pending before the Court's First Section: *Perinçek c. Suisse*, application filed on 10 June 2008, 27510/08; on 20 September 2010 the *Exposé des faits* was released.

¹⁸¹ H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause*, cit., here at 68-72.

Article 10,” so that the totality of the factual circumstances of the case can be taken into account.¹⁸²

From a theoretical and academic viewpoint, this clear-cut solution is undoubtedly to be shared. In fact, Article 10 has so far measured up to the challenges posed by hate speech and other forms of insidious discourse.¹⁸³ So, the time might be ripe to come to terms with the dark legacy of World War II.

At the same time, however, it is indisputable that Holocaust denial, especially in certain countries, is perceived as conduct indissolubly linked to Nazi ideology – of which it would constitute a subtle form of exaltation – and as a facade camouflaging anti-Semitic purposes. In such contexts, the unambiguous statement of incompatibility with the Convention serves as a “seal” of the special obligation towards the Jewish community to which States like Germany feel bound.¹⁸⁴

Nevertheless, this holds true – and perhaps renders understandable an exceptional regime – only with respect to the Holocaust, and only in relation to certain countries. In our view, the real danger raised by the described jurisprudence arises from the excessively broad and vague character of the notion of “activities in contrast with the Convention’s values” that risks to legitimise a wide-ranging set of restrictions on free speech in the name of an ill-defined “morale démocratique.”¹⁸⁵ The most concerning aspect of the examined case law, therefore, does not lie in the categorical rejection of Holocaust denial, absent any appraisal of the context, the applicant’s intent or the competing interests – which yet remains regrettable. Our critical remarks focus above all on the escalating circulation of the questionable *modus operandi* developed under Article 17, given that the Court is ostensibly willing to apply it to a wide range of opinions that do not pose threats comparable to those raised by the original targets of the abuse clause.

¹⁸² H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause*, cit., here at 83.

¹⁸³ See also S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne*, cit., here at 564 (noting that the Court’s position on *liberticides* has always been of firm rejection regardless of the application of Article 17); A. SPIELMANN, *La Convention européenne des droits de l’homme et l’abus de droit*, cit., here at 685-686 (wondering whether the abuse clause was indeed necessary). With reference to decisions in which Article 17 acted as interpretative principle, the following Authors doubted that a different conclusion would have been reached pursuant to Article 10 alone: S. VAN DROOGHENBROECK, *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l’homme: incertain et inutile?*, in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL, F. TULKENS (dir), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté?*, Brussels, 2000, here at 186; A. TERRASI, *sub* Article 17, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (dir), *Commentario breve*, cit., here at 578.

¹⁸⁴ See *Peta Deutschland v. Germany*, 8 November 2012, 43481/09, para. 49 (acknowledging Germany’s special responsibility towards Jews and therefore accepting a wider latitude for restrictions on free speech); *Hoffer and Annen v. Germany*, 13 January 2011, 397/07 and 2322/07, para. 48 (according weight to the “specific context of the German past” in evaluating the meaning of the Holocaust, a tragedy to which the modern practice of abortion had been compared).

¹⁸⁵ The quoted expressions is taken from P. WACHSMANN, *Liberté d’expression et négationnisme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, 585, here 593.

The proposal that we are going to advance does not overlook the significant role played by Article 17 in putting forward the need to safeguard the peaceful coexistence of the population within a given country – an interest typically underlying the cases in which the abuse clause was applied. We argue that the Court ought to revive the scheme adopted in the group of cases above subsumed under the “second phase” of the jurisprudence on Holocaust denial.¹⁸⁶ The decisions would follow the ordinary necessity test envisaged by Article 10, which would be enriched by the interest of peaceful coexistence, the enhanced influence of which would be ensured by Article 17. This clause would thus return to act as an interpretative principle.

In this way, the framework of Article 10 would guarantee a thorough examination of the case as a whole, avoiding the flaws ensuing from the guillotine effect, whereas the abuse clause would reassure States that their demands will be given due consideration and that an eventual rejection of the application would convey the desired “clear message” against intolerant speech. Moreover, the Court would be in a position to take into account another crucial factor, namely, the historical, social and political context in which the expression was disseminated.¹⁸⁷ In this regard, the denial of the Holocaust would most likely justify more room for restrictions than other forms of denialism, due to its incomparable bequest of sufferings and its occurrence in the heart of Europe. Yet – and here is the major benefit of this approach – the scope of acceptable restrictions will differ from State to State and will vary according to the event subject to contestation, the impact of the expression being dependent upon historical and social conditions specific to the country at hand.

Realistically, the proposed solution is unlikely to be adopted by the Strasbourg organ, given that it requires a *revirement* in its current case law. An alternative option – less desirable but more coherent with the Court’s position – endorses the interpretation according to which Article 17 should apply only to “extreme cases,” as admitted by the Court.¹⁸⁸ To do so, it is crucial to rely – in all instances, not just sporadically – on the above delineated selective criteria of gravity, univocal aim and countervailing interests.

It remains to be examined, lastly, whether a unique regime is still acceptable in relation to Holocaust denial. Should the Court adopt one of the proposals just drawn, the question would become moot, as Holocaust denial would be subject to a moderately exceptional discipline along with other expressions falling under the scope of Article 17. No issue of patent disparity would thus arise, while an enhanced protection would continue to be guaranteed.

¹⁸⁶ See *supra*, § III.3.2.

¹⁸⁷ See *supra*, fn. 130.

¹⁸⁸ See *supra*, fn. 156.

As for the current case law, applying a unique set of rules to Holocaust denial appears to be excessively distant to the (already special) principles elaborated under Article 17. It is difficult to accept that ordinary rules dealing with hate speech are not considered to be apt to confront this class of expressions nearly seventy years after the Holocaust occurred,¹⁸⁹ and in countries that have amply demonstrated their full integration among stable democracies.¹⁹⁰ This seems to be all the more true given that Article 10 has proven to be an adequate and effective test in relation to calls for violent action and terrorism – statements that may hardly be considered less dangerous than Holocaust denial.¹⁹¹

But if the Court truly does not feel prepared to abandon its current position on Holocaust denial, it should at least limit this unique legal regime to States in which the exigency to repudiate a dark past is absolutely non-negotiable. The risk otherwise is to treat the entire Europe as a *wehrhafte Demokratie*.

¹⁸⁹ See e.g., *mutatis mutandis*, *Lehideux and Isorni v. France*, cit., para. 55.

¹⁹⁰ See *Kosiek v. Germany*, 28 August 1986, 9704/82, *Partly Dissenting Opinion of Judge Spielmann*, para. 33 (considering Germany to be a “true democracy” and accordingly doubting, “more than forty years after the end of the Second World War,” that the interference at hand was really necessary to safeguard democracy). See also C. GUSY, *Weimar – die wehrlose Republik?*, Tübingen, 1991; D. OBERNDÖRFER, *Germany’s ‘Militant Democracy’: An Attempt to Fight Incitement Against Democracy [...]*, in D. KRETZMER, F.K. HAZAN (eds.), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, The Hague, 2000, 237, here at 241-242 (noting that according to modern historiography it is well established that the Weimar Republic’s collapse was primarily due to complex economic and political factors, rather than weakness of constitutional rules. Symmetrically, the stability of present-day Germany has little to do with its adherence to the political model of *streitbare Demokratie*).

¹⁹¹ H. CANNIE, D. VOORHOOF, *The abuse clause*, cit., here at 74-75.

IV. FINAL REMARKS

The present investigation has endeavoured to study the positions of the two main European actors – the EU and the ECtHR – vis-à-vis the crime of denialism. It is now the moment to summarise the main findings of the analysis, seeking to identify: *a)* the interactions between these two systems; *b)* whether their policies on denialism may be better portrayed in terms of contrast or mutual support; *c)* the legal nature and content of the obligations originating for the Member States; *d)* whether a Europe-wide criminal prohibition on denialism appears likely to occur, whether it would be desirable and, if so, under which conditions.

The Framework Decision on racism and xenophobia – which represents the most important European act on the criminalisation of denialism – is the last step in EU anti-racism policies dating back to the 1980s. It was conceived to overcome the major problem of the scarce impact on domestic legislation deriving from the dubious legal force of other precursory measures. Although the Decision was introduced to reconcile two rival positions among European States – express prohibition of denialism *versus* implicit prohibition thereof under legislation against hate speech – its final text does not prevent the perpetuation of this core divide.

In other words, European States are not under a legal obligation to introduce an express criminal provision outlawing the denial of the Holocaust or other international crimes. The minimum threshold of criminalisation set forth by the Decision is identified under Article 1(1)(a): all systems must forbid the conduct of *public incitement to violence or hatred* directed against a statutorily defined group of persons or one of its members. But this provision is to be read in conjunction with other clauses that limit its scope. First, according to Article 1(2), “States may choose to punish only conduct which is either carried out in a manner likely to disturb public order or which is threatening, abusive or insulting.” Second, Article 7 mandates that an enhanced respect must be paid to domestic constitutional rules on freedom of speech and association.

The consequence is that the threshold of EU-imposed minimum criminalisation is likely to be lower than the minimum level of existing provisions against hate speech already in force throughout Europe. Hence, the Decision appears destined to have limited to no legal effects in this regard. As for the conduct of denialism, it has likewise emerged that a wide range of additional clauses afford States a considerable latitude in selecting the desired model of criminalisation, thereby minimising the need to amend domestic anti-denialism bills. Finally it should be recalled that framework decisions, being acts adopted within the (former) third pillar of the EU, may not give rise to sanctions against States in case of non-compliance.

From a legal standpoint, it may accordingly be maintained that the Decision falls short of having major binding effects. However it does not necessarily follow that it does not have any effects altogether, as demonstrated by the recent practices of Eastern Europe countries. In such contexts (and beyond) the Decision has probably reinforced a drive towards a broader scope of criminal provisions against denialism, playing the role of either political pretext or persuasive factor. Its contribution to greater repression is not nonetheless tantamount to greater harmonisation. Indeed, it appears that States point at the Decision to justify their choices, but they in effect depart from its benchmarks, adopting highly-customised models of crime that seem rather tailored to domestic policies.

We have further argued that the Decision's effects on harmonising the criminalisation of denialism involve three elements of crime, in relation to which it sets EU-wide common standards. The European act provides for homogeneous patterns in respect of: *a)* definition of criminal conduct; *b)* which international crimes are to be subject to protection; and, *c)* definition of such international crimes. It remains to be seen to what extent the EU institutions will require compliance from Member States. Once the five-year transitional period concerning third-pillar acts expires and the innovative framework delineated in the Treaty of Lisbon will finally come into effect in December 2014, the Court of Justice of the European Union might be called upon to assess the conformity of Member States' legal systems with these three elements of harmonisation. Only at that juncture it may be verified what margin of appreciation is left to domestic legislatures in implementing the Framework Decision – whether, for instance, States expressly punishing the denial of the Holocaust are required to extend the criminal ban to the denial of all core international crimes.

Turning to the second European institution under consideration, domestic restrictive measures against the denial of the Holocaust have been scrutinised by the ECtHR, so as to assess whether they comport with the fundamental rights enshrined by the Convention. This part of the analysis was intended to ascertain the conditions under which the demands of criminalisation arising from the European Union might be satisfied by Member States. We expected that the Court's jurisprudence would lay down principles on freedom of expression directed at establishing an array of qualifications to which the criminal norms against denialism had to be subject, with a view to guarantying a reasonable balance with free speech.

The investigation exposed that a special regime has been articulated in relation to Holocaust denial, a conduct to which the *ius commune* of Article 10 of the ECHR does not apply. The Court holds that expressions denying clearly established historical facts, such as the Holocaust, are removed from the protection of Article 10 by means of

Article 17. As a result, in decisions on this field, there is little to no contextual examination of the concrete circumstances of the case, with European judges heavily relying on assessments made by domestic tribunals. Holocaust denial is the object of a content-based restriction. Rather than proceeding with a balancing test under Article 10, the Court prefers to exclude it *tout court* from the scope of the free speech clause, absent any evaluation of the specific factual elements of the case.

We doubted that this inflexible approach to this kind of expressions could solely be based on the Holocaust being a clearly established historical fact, the denial of which runs counter to the values underlying the Convention. Other hypotheses have accordingly been tested.

During an initial phase of the Court's jurisprudence, the radical rejection of Holocaust denial was certainly based on its affiliation to Nazi ideology, in relation to which the abuse clause was drafted. In passing, it is worth emphasising that such a link between denial and Nazi-related activities has never been assessed on a case-by-case basis by the Court, but either presumed or uncritically derived from domestic courts' judgments.

At a later stage, it became clear that this explicatory paradigm was not entirely satisfactory, due to internal inconsistencies and to a "new course" in the application of Article 17. The Court gradually expanded the declared scope of application of the abuse clause from totalitarian or anti-Semitic activities to a considerably wider range of expressions, such as hate speech devoid of a call to violence, Islamophobia and, most importantly, denial of serious crimes other than the Holocaust. It has been argued that, whereas the radical rejection of Holocaust denial was grounded on the anti-Nazi foundations of the Court's system – European Union's alike – the application of the abuse clause to the denial of core international crimes as a whole derives from the prominent position recently attributed to victims of serious violations of human rights. In this regard, denying the occurrence of events representing the source of their sufferings is not only an attack on the victims' dignity, but undermines the Court's goal of promoting an attitude of respect for fundamental rights.

To sum up, if Holocaust denial strikes at the post-war foundations of European institutions, the denial of other atrocities like those behind international crimes destabilises the current process of re-founding European societies upon a new system of values, at the core of which lie the ideas of tolerance and respect for human rights. That is why the Court invokes Article 17 and declares denialism to be at odds with the values underlying the Convention.

The examination of Strasbourg decisions applying the abuse clause has brought to light another critical feature of the case law concerning Holocaust denial. On the one hand, as recalled above, the Court has widened the scope of application of Article 17.

On the other hand, it has developed a line of jurisprudence that implicitly adopts gravity-based criteria to confine the abuse clause to extreme cases only. European judges suggested that Article 17 may come into play only in so far as the applicant's aim is *univocally* directed at the destruction of the Convention's rights and in the absence of any relevant *countervailing interests*.

Surprisingly, though, these qualifications do not apply to the denial of the Holocaust, which continues to be categorically excluded from the protection of the free speech clause without any regard being paid to the circumstances of the case. Hence our submission that this detrimental treatment stands out as an exception to the already exceptional regime envisaged under Article 17. We argued that this approach by the Court is no longer defensible, and risks undermining the coherence and endurance of the whole free speech doctrine elaborated and refined by Strasbourg institutions since the seminal *Handyside* case.

While it is unrealistic that the Court will discard the guillotine effect of Article 17, as a minimum it should apply the provision in the same manner to all instances falling under its scope of applicability. Accordingly, expressions of Holocaust denial, along with any other activities deemed to run counter the Convention's underlying values, ought to be dealt with under the abuse clause only to the extent they fulfil the above-mentioned gravity-based prerequisites. Among these factors, decisive significance should be assigned, in particular, to political and social circumstances characterising the country in which the expressions were punished. In light of this criteria, identical restrictions on Holocaust denial may justify the application of Article 17 in one context due to historical reasons pertinent to such political community, and yet be dealt with under the usual framework of Article 10 in other countries where the reasons adduced by the Government are not comparably compelling.

Ultimately, the legal obligations regarding denialism placed by European institutions upon their respective Member States do not seem to be so stringent as to be capable of significantly altering the current normative panorama. The above-mentioned split among the States of our continent concerning criminal protection against denialism is therefore likely to persist. On the one side, the European Union Framework Decision leaves it largely for domestic legislature to draw the contours of the crime in question; even with regard to incitement to racial hatred or violence, the minimum required threshold of criminalisation mirrors the existing provisions in force and thus does not call for major measures of implementation. On the other side, it must be borne in mind that the European Convention on Human Rights, as interpreted by the Strasbourg Court, far from imposing a unique reading of fundamental rights, is aimed at setting a minimum inviolable standard thereof. States remain at liberty to adopt more protective

positions, provided they ensure a reasonable balance between conflicting interests. It follows that domestic systems are not bound by the Court's restrictive stance on denialism, nor must their constitutional tribunals lower the level of protection afforded to freedom of expression to allow for such conduct to be criminalised.

That being said, it cannot be overlooked that European interpretations, guidelines and policies exert a certain influence on domestic practice. Even if not precisely measurable, it is reasonable to assume that the increasing ban on denialism over the last decade comes, *inter alia*, as a consequence of European pressure to outlaw this kind of expression. In the near future, States such as Italy that have not yet introduced an express crime of denialism for no particularly forceful reason are likely to follow suit. Our position is that the “qualifizierte” model of criminalisation, though preferable to the “einfache” archetype, raises a number of non-negligible issues as well.

The most alarming concern undoubtedly focuses upon the slippery slope effect. Once States grant protection to a definite group against denial of historical events, vigorous demands from victims of other atrocities end up promoting and often obtaining an expansion of the crime's scope, thereby disproportionately encroaching upon freedom of speech and historical research.

An option foreseen by the Decision provides for restricting the protected past events to those adjudicated as international crimes by a court of law. Although this clause ensures control over the historical facts the denial of which is outlawed, it risks shifting the thrust of criminal protection from the dignity of victims to the authoritativeness of judicial decisions. Moreover it gives rise to inequalities among victims on the basis of criteria unrelated to the victims' needs, thereby fostering feelings of frustration.

Nevertheless, a viable avenue might be to extend the reach of the crime to the denial of all core international crimes, as long as the conduct exhibits *tangible symptoms of harm*. Examples of such indicia are found in the Decision, in which expressions might be punished where they amount to a threat to public peace or to incitement to hatred or violence. The former element – adopted in the German legal system – may theoretically satisfy the exigency to contain the criminal response, but its vagueness renders it amenable to abuse, especially where applied to the denial of events – such as the Holocaust – that are loaded with ethical significance. As for the latter, we considered criminalising denialism to the extent it amounts to incitement to hatred or violence to be the lesser evil. Given the elusiveness implied by the concept of “hatred,” a reference to violence only is preferable in light of the guarantee that the application of criminal law is foreseeable and comes as *ultima ratio*.

Affirming that punishing denialism in so far as it falls under incitement to racial hatred or violence is the lesser evil, though, does not mean favouring this latter type of

crimes. Since such analysis exceeds the scope of the present study, only limited remarks thereupon will be made here. We would tentatively opine against these offences on the following grounds. It is widely accepted that hate speech laws being vague, they lend themselves to be applied on a pick-and-choose politically-driven basis. However, the determinative point, in our view, is that this class of crimes ultimately curbs freedom of speech without proving to be truly effective in achieving its alleged goal, i.e. protecting minorities from discrimination and enhancing tolerance in society.

Be that as it may, it appears improbable that a narrowly-tailored approach to denialism based on existing hate speech crimes gains popularity with European States, given the risk of conveying the undesirable message that authorities are lowering their guard against racism and anti-Semitism.

Therefore, the present-day trend of restricting free speech for the alleged greater good seems likely to continue. The immediate consequence is that States may take advantage of these legal developments as a cheap pretext by which to justify new legislation targeting government-critical expression.¹⁹² The long-term risk consists, as Ronald Dworkin has pointed out, in eroding free speech's overall capacity to withstand future attempts of interference.¹⁹³

¹⁹² See e.g., D.F. ORENTLICHER, *Criminalizing Hate Speech in the Crucible of Trial: Prosecutor v. Nahimana*, in *Am. U. Int'l L. Rev.*, 557, here at 592-593 (quoting J. SIMON, *Of Hate and Genocide: In Africa, Exploiting the Past*, in *Colum. Journalism Rev.*, Jan./Feb. 2006).

¹⁹³ R. DWORKIN, *Foreword*, in I. HARE-J. WEINSTEIN (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, v, here at vi, ix. See also I. HARE, *Crosses, Crescents and Sacred Cows: Criminalising Incitement to Religious Hatred*, in *Public Law*, 2006, 533.

BIBLIOGRAFIA / BIBLIOGRAPHY

- AA.VV., *La liberté d'expression en Europe - Jurisprudence relative à l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (Dossiers sur les droits de l'homme n° 18)*, 3° ed., Strasburgo, 2006;
- AA.VV., *Media Freedom Under the Human Rights Act*, Oxford, 2006;
- AA.VV., *Négationnistes. Les chiffonniers de l'histoire*, Parigi, 1997;
- ABBAMONTE G., *Libertà e convivenza*, Napoli, 1954;
- AGNOLI F.M., *Libertà di opinione e Decisione-quadro 2008/913/GAI*, in <http://www.21e33.it/paginintermedie/commentileggi.html>;
- AINIS M., *Valore e disvalore della tolleranza*, in *Quad. cost.*, 1995, pp. 441 ss.;
- ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna, 2007;
- ALEXANDER L., *Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability*, in *California Law Review*, 2000, pp. 931 ss.;
- ALESIANI L., *I reati di opinione: una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006;
- ALLARD J., A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Parigi, 2005;
- AMBROSI A., *Libertà di pensiero e manifestazione di idee razziste e xenofobe*, in *Quad. cost.*, 2008, pp. 519 ss.;
- AMELUNG K., *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Francoforte, 1972;
- AMELUNG K., *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1980, pp. 19 ss.;
- ANGELINI F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007;
- ANGIOLINI V., *Manifestazione del pensiero e "libertà altrui"*, in *Giur. cost.*, 1995, pp. 4585 ss.;
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983;
- ANTI-DEFAMATION LEAGUE, *Antisemitism Worldwide 2000/1*, New York, 2002;

ANTKOWLAK T.M., *An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice*, in *Stanford Journal of International Law*, 2011, pp. 279 ss.;

ARAI Y., *Prohibition of Abuse of the Rights [...]*, in P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4° ed., Oxford, 2006, pp. 1083 ss.;

ARAI-TAKAHASHI Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, 2002;

ARGIROFFI A., P. BECCHI, D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana. Atti del Convegno internazionale (Palermo, ottobre 2007)*, Roma, 2008;

ARMONE G., *La Corte di Giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea: quale futuro*, in *Foro it.*, 2006, pp. 587 ss.;

ASSMANN A., *Erinnerungsräume. Formen und Wandlungen des kulturellen Gedächtnisses*, Monaco, 2006;

ATKINS S.E., *Holocaust Denial as an International Movement*, Westport, 2009;

BADINTER R., *Le genre humain. Le droit antisémite de Vichy*, Parigi, 1996;

BAILER B., W. BENZ, W. NEUGEBAUER (a cura di), *Wahrheit und Auschwitzlüge. Zur Bekämpfung "revisionistischer" Propaganda*, Vienna, 1995;

BALDISSARA L., *Giudizio e castigo. La brutalizzazione della guerra e le contraddizioni della "giustizia politica"*, in L. BALDISSARA, P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire: i processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, Napoli, 2005, pp. 5 ss.;

BALDISSARA L., P. PEZZINO (a cura di), *Crimini e memorie di guerra. Violenze contro le popolazioni e politiche del ricordo*, Napoli, 2004;

BALDISSARA L., P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire: i processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, Napoli, 2005;

BARATTA A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, pp. 443 ss.

BARBARO S., *Diffamazione, verità giudiziaria e verità storica in una recente sentenza della Cassazione*, in *Riv. inf. e informatica*, 2010, pp. 880 ss.;

- BARENDT E., *Incitement to, and Glorification of, Terrorism*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, pp. 445 ss.;
- BARGIACCHI P., *Cenni sulle tendenze della prassi internazionale ed europea in tema di negazionismo*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2008, pp. 70 ss.;
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984;
- BARILE P., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975;
- BARTA T., N. FINZSCH, D. STANNARD, *Three Responses to "Can There Be Genocide Without the Intent to Commit Genocide?"*, in *Journal of Genocide Research*, 2008, pp. 111 ss.;
- BARUFFI M.C. (a cura di), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova, 2008;
- BASSANINI F., G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008;
- BASTIAN T., *Auschwitz und Auschwitzlüge*, Monaco, 1997 (trad. it. di Enzo Grillo, *Auschwitz e la "menzogna su Auschwitz": sterminio di massa e falsificazione della storia*, Torino, 1995);
- BATSELE D., M. HANOTIAU, O. DAURMONT, *La lutte contre le racisme et la xenophobie, mythe ou réalité?*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1991, pp. 319 ss.;
- BATTINI M., *Peccati di memoria: la mancata Norimberga italiana*, Roma, 2003;
- BATTINI M., *La Shoah: dentro e fuori la storia*, in S. MEGHNAGI (a cura di), *Memoria della shoah: dopo i testimoni*, Roma, 2007, pp. 3 ss.;
- BECCHI P., *Il principio dignità umana*, Brescia, 2009;
- BEISEL D., *Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, pp. 997 ss.;
- BELAVUSAU U., *A Dernier Cri from Strasbourg: An Ever Formidable Challenge of Hate Speech (Soulas & Others v. France, Leroy v. France, Balsyte-Lideikiene v. Lithuania)*, in *European Public Law*, 2010, pp. 373 ss.;
- BELL M., *Racism and Equality in the European Union*, Oxford, 2008;
- BELLOCCI M., P. PASSAGLIA (a cura di), *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, in <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>;

- BENESCH S., *Vile Crime or Inalienable Right: Defining Incitement to Genocide*, in *Virginia Journal of International Law*, 2008, pp. 485 ss.;
- BENVENISITI E., *Margin of appreciation, consensus and universal standards*, in *New York University International Law and Politics*, 1999, pp. 843 ss.;
- BENZ W., *Legenden Lügen Vorurteile. Ein Wörterbuch für Zeitgeschichte*, Monaco, 1992;
- BERCUSON D., D. WERTHEIMER, *A Trust Betrayed: The Keegstra Affair*, Toronto, 1985;
- BERGMANN W., *Anti-Semitic Attitudes in Europe: A Comparative Perspective*, in *Journal of Social Issues*, 2008, pp. 343 ss.;
- BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, pp. 37 ss.;
- BERNARDI A., *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 5 ss.;
- BERNARDI A., *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2007, pp. 1157 ss.;
- BERNARDI A., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 76 ss.;
- BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004;
- BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2012, pp. 43 ss.;
- BERNHARDT R., *Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD (a cura di), *Protecting Human Rights: The European Dimension – Studies in Honour of Gerard Wiarda*, 2° ed., Koln, 1990;
- BETTIOL G., *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in G. BETTIOL et al., *Legge penale e libertà del pensiero: 3° Convegno di diritto penale, Bressanone 1965*, Padova, 1966, pp. 1 ss.;
- BIFULCO D., *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, Milano, 2012;
- BIFULCO R., A. CELOTTO, *sub art. 54 – Divieto dell'abuso di diritto*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti:*

- commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, pp. 366 ss.;
- BILANCIA P., M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, Milano, 2009;
- BIN R. et al. (a cura di), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005;
- BLANCO CORDERO I., *El derecho penal y el primero pilar de la Unión Europea*, in *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, 2004, n. 05-06, pp. 1 ss.;
- BLOCH M., G. GOUTHIER, *Apologia della storia, o Mestiere di storico*, Torino, 2009;
- BOCK S., *Die (unterlassene) Reform des Volksverhetzungstatbestands*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2011, pp. 46 ss.;
- BOGHOSSIAN P., *The concept of genocide*, in *Journal of Genocide Research*, 2010, pp. 69 ss.;
- BOGNETTI G., *Il pericolo nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 1433 ss.;
- BOLLINGER L.C., *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, New York-Oxford, 1986 (trad. it. di I. Mattei, *La società tollerante*, con presentazione di P. Caretti, Milano, 1992);
- BOLOGNA C., *Ordine pubblico europeo e scioglimento dei partiti politici: verso la protezione della democrazia europea?*, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Torino, 2011, pp. 453 ss.;
- BONINI S., *Quale spazio per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, pp. 491 ss.;
- BONINI S., *Retorica, "simbolismo" e diritto penale: i possibili termini essenziali della problematica*, in G.A. FERRARI, M. MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale*, Milano, 2004, pp. 343 ss.;
- BORAINÉ A., *A Country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford, 2000;
- BORGWARDT H., *Die Strafbarkeit der "Auschwitzlüge"*, in H. OSTENDORF (a cura di), *Rechtsextremismus. Eine Herausforderung für Strafrecht und Strafjustiz*, Baden-Baden, 2009, pp. 233 ss.;

- BORRELLO M., *Sul giudizio. Verità storica e verità giudiziaria*, Napoli, 2011;
- BOVENTER G.P., *Grenzen politischer Freiheit im demokratischen Staat: das Konzept der streitbaren Demokratie in einem internationalen Vergleich*, Berlino, 1985;
- BRAGA G., *La libertà di manifestazione del pensiero tra revisionismo, negazionismo e verità storica*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, pp. 101 ss.;
- BRAHAM R.L., *Anti-Semitism and the Holocaust in the Politics of East Central Europe*, in ID. (a cura di), *Anti-Semitism and the Treatment of the Holocaust in Postcommunist Eastern Europe*, New York, 1994;
- BRAUCH J.A., *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Columbia Journal of European Law*, 2004/2005, pp. 113 ss.;
- BRAYARD F., *Comment l'idée vint à M. Rassinier*, Parigi, 1996;
- BREMS E., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, pp. 240 ss.;
- BRICOLA F., *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, pp. 189 ss.;
- BRICOLA F., *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. I, Milano, 1984, pp. 99 ss.
- BRICOLA F., *L'art. 553 c.p. come limite penale alla libertà di manifestazione del pensiero*, in G. BETTIOL et al., *Legge penale e libertà del pensiero: 3° Convegno di diritto penale, Bressanone 1965*, Padova, 1966, pp. 57 ss.;
- BRICOLA F., *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in A. DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. I, Padova, 1990, pp. 117 ss.;
- BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale: alternative di tutela*, Padova, 1984, pp. 3 ss.;
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, pp. 7 ss. (ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, pp. 539 ss.);

- BROWNING C., *Law, History and Holocaust Denial in the Courtroom: The Zündel and Irving Cases*, in N. STOLZFUS, H. FRIEDLANDER (a cura di), *Nazi Crimes and the Law*, New York, 2008, pp. 197 ss.;
- BRUGGER W., *Ban On or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law*, in *Tulane European & Civil Law Forum*, 2002, pp. 1 ss.;
- BRUGGER W., *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (parte 1)*, in *German Law Journal*, 2002, pp. 20 ss., e (parte 2), in *German Law Journal*, 2003, pp. 1 ss.;
- BURATTI A., *L'affaire Garaudy di fronte alla Corte di Strasburgo. Verità storica, principio di neutralità etica e protezione dei "miti fondatori" del regime democratico*, in *Giur. it.*, 2005, pp. 2243 ss.;
- BURATTI A., *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2012;
- BURGIO A., *L'invenzione delle razze. Saggio su razzismo e revisionismo storico*, Roma, 1998;
- BURGIO A., *Nonostante Auschwitz: il ritorno del razzismo in Europa*, Roma, 2010;
- CAFARI PANICO R., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma e nel Trattato costituzionale*, in M.C. BARUFFI (a cura di), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova, 2008, pp. 81 ss.;
- CAIANIELLO V., G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 232 ss.;
- CAJANI L., *Criminal Laws on History: The Case of the European Union*, in *Historiein*, vol. 11, 2011, pp. 20 ss.;
- CAJANI L., *Diritto penale e libertà dello storico*, in G. RESTA, V. ZENOVENOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, pp. 371 ss.;
- CALAMANDREI P., *Il giudice e lo storico*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 1939, pp. 105 ss.;
- CALIGIURI A., *La questione della negazione del "genocidio armeno" in una recente decisione del "Conseil Constitutionnel"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pp. 396 ss.;

- CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937;
- CALVANO R., *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto UE e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 2005, pp. 4027 ss.;
- CALVANO R., *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2007;
- CANESTRARI S., L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005;
- CANESTRARI S., L. FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea: quali politiche criminali per quale Europa? Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola, Bologna, 28 febbraio – 2 marzo 2002*, Milano, 2005;
- CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in ID. (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, 2007, pp. 9 ss.;
- CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, pp. 139 ss.;
- CANIVET G., *La convergence des systèmes juridiques par l'action du juge*, in *De tous horizons: mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Parigi, 2005, pp. 11 ss.;
- CANNIE H., D. VOORHOOF, *The abuse clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, pp. 54 ss.;
- CAPOGRASSI G., *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Rivista di diritto processuale*, 1950, ora in ID., *Opere*, vol. V, Milano, 1959;
- CAPUTO C., *Discriminazioni razziali e repressione penale*, in *Quest. giust.*, 1997, pp. 476 ss.;
- CARETTI P., *sub* Art. 10 – Libertà di espressione, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (diretto da), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 337 ss.;
- CARMIGLI G.E., *Dignity versus Liberty: the two Western Cultures of Free Speech*, in *Boston University International Law Journal*, 2008, pp. 277 ss.;

- CARTIER E., *Histoire et droit: rivalité ou complémentarité?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, pp. 509 ss.;
- CARUSO C., *Ai confini dell'abuso del diritto: l'hate speech nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in L. MEZZETTI, A. MORRONE (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Torino, 2011, pp. 339 ss.;
- CARUSO C., *Tra il negare e l'istigare c'è di mezzo il giustificare: su una decisione del Tribunale Costituzionale spagnolo*, in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/telescopio/0003_caruso.pdf;
- CASTELLANETA M., *La repressione del negazionismo e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, pp. 65 ss.;
- CASTRONUOVO D., *Salute e sicurezza sul lavoro. Un breve studio di diritto penale comparato ed europeo*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI Secolo*, Milano, 2006, pp. 185 ss.;
- CATENACCI M., voce *Offensività del reato*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, pp. 3902 ss.;
- CATTANEO M.A., *Giusnaturalismo e dignità umana*, Napoli, 2006;
- CECCANTI S., *L'Italia non è una "democrazia protetta", ma la Turchia e la Corte di Strasburgo non lo fanno*, in *Giur. cost.*, 2001, pp. 2113 ss.;
- CECCANTI S., *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Torino, 2004;
- CECCANTI S., *Una libertà comparata: Libertà religiosa, fondamentalismi e società multietniche*, Bologna, 2001;
- CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008;
- CERASE M., *Il revisionismo storico al vaglio del Parlamento europeo: Le Pen a giudizio*, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 1671 ss.;
- CERRI A., voce *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989;
- CERRI A., voce *Ordine pubblico (Diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1990;

- CHERUBINI F., *L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, pp. 157 ss.;
- CHRISTIE K., *The South African Truth Commission*, New York, 2000;
- CITTERIO C., *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo nel tempo*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, Padova, 2006, pp. 147 ss.;
- CLOSA MONTERO C., *Study on how the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europe is dealt with in the Member States*, January 2010 (studio commissionato dalla Commissione europea);
- COHEN-JONATHAN G., *Discrimination raciale et liberté d'expression*, in *Rev. univ. dr. h.*, 1995, pp. 1 ss.;
- COHEN-JONATHAN G., *L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 366 ss.;
- COHEN-JONATHAN G., *Le droit de l'homme à la non-discrimination raciale*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 665 ss.;
- COHEN-JONATHAN G., *Négationnisme et droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1997, pp. 571 ss.;
- COLIVER S., *Hate Speech Laws: Do They Work?*, in S. COLIVER, K. BOYLE, F. D'SOUZA (a cura di), *Striking a Balance. Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, Article 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992, pp. 363 ss.;
- CONTI R., R. FOGLIA, *Decisioni quadro e interpretazione conforme del diritto interno*, in *Corr. giur.*, 2005, pp. 1149 ss.;
- CORSO G., voce *Ordine pubblico (Diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, pp. 1060 ss.;
- CROCE B., in *La Critica*, vol. XXXVII, fasc. VI, 1939, pp. 445 s.;
- CUCCIA V., *Libertà di espressione e negazionismo*, in *Rassegna parlamentare*, 2007, pp. 857 ss.;
- CURI F., *Tertium datur: dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003;
- D'AMATO S., *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di finalità di discriminazione o odio etnico, nazionale, razziale o religioso*, in *Crit. dir.*, 2006, pp. 384 ss.;

- DALLA TORRE G. (a cura di), *Ripensare la laicità: il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, Torino, 1993;
- DAMAŠKA M., *What is the Point of International Criminal Justice?*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2008, pp. 329 ss.;
- DAVIDSON H.R., *The International Criminal Tribunal for Rwanda's Decision in The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana et al.: the Past, Present and Future of International Incitement Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2004, pp. 505 ss.;
- DAVIES T.E., *How the Rome Statute Weakens the International Prohibition on Incitement to Genocide*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2009, pp. 245 ss.;
- DE ANTONIIS T., *La definizione delle regole cautelari nelle attività lavorative pericolose*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pp. 753 ss.;
- DE BELLESCIZE D., *L'autorité du droit sur l'histoire*, in J. FOYER, G. LEBRETON, C. PUIGELIER (diretto da), *L'autorité* N. 29, Parigi, 2008, pp. 51 ss.;
- DE FRANCESCO G., *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Leg. pen.*, 1994, pp. 174 ss.;
- DE GOUTTES R., *À propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre racisme*, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, 1998, pp. 251 ss.;
- DE LUNA G., *La Repubblica del dolore: le memorie di un'Italia divisa*, Milano, 2011;
- DE SALVIA M., V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. I, Milano, 2006;
- DE VERO G., *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988;
- DEL TUFO M., *Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 938 ss.;
- DELLA MORTE G., *Contro il reato di negazionismo. O, almeno, contro questo reato*, in http://www.huffingtonpost.it/gabriele-della-morte/contro-il-reato-di-negazi_b_2092908.html?utm_hp_ref=italy;
- DELMAS MARTY M. (a cura di), *Le processus d'internationalisation*, Parigi, 2000;

- DELMAS MARTY M., *Le flou du droit*, 1986 (trad. it. di A. Bernardi, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano, 1992);
- DELMAS-MARTY M. (a cura di), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions*, Dordrecht, 1992;
- DELMAS-MARTY M., G. GIUDICELLI-DELAGE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (diretto da), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Parigi, 2003;
- DELMAS-MARTY M., *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 3 ss.;
- DELMAS-MARTY M., *Introduction. Objectifs et méthodes*, in ID., M. PIETH, U. SIEBER (diretto da), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Parigi, 2008, pp. 19 ss.;
- DELMAS-MARTY M., *Verso un diritto penale europeo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 543 ss.;
- DESAI A.C., *Attacking Brandenburg with History: Does the Long-Term Harm of Biased Speech Justify a Criminal Statute Suppressing It?*, in *Federal Communications Law Journal*, 2003, pp. 353 ss.;
- DI CESARE D., *Se Auschwitz è nulla: contro il negazionismo*, Genova, 2012;
- DI GIOVINE A. (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005;
- DI GIOVINE A., *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988;
- DI GIOVINE A., *Il passato che non passa, "Eichmann di carta" e repressione penale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, pp. XIV ss.;
- DI MARTINO A., N. NOTARO, A. VALLINI, *sub art. 8*, in M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, D. MANZIONE, E. MARZADURI (diretto da), *Il mandato di arresto europeo. Commento alla legge 22 aprile 2005 n. 69*, Torino, 2006;
- DIETZ S., *Die Lüge von der "Auschwitzlüge" – Wie weit reicht das Recht auf Meinungsäußerung*, in *Kritische Justiz*, 1995, pp. 210 ss.;
- DIEZ RIPOLLES J.L., *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, Milano, 2004, pp. 149 ss.;
- DOLCINI E., *Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla*

- svolta di fine Millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995), Torino, 1998, pp. 211 ss.;
- DONINI M., “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’ “offense” di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1546 ss.;
- DONINI M., *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004;
- DONINI M., *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia. Appunti sulla memoria storica e l’elaborazione del passato “mediante il diritto penale”*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, pp. 183 ss.;
- DONINI M., *Prospettive europee del principio di offensività*, in A. CADOPPI (a cura di), *Offensività e colpevolezza: verso un codice penale modello per l’Europa*, Padova, 2002, pp. 109 ss.;
- DONINI M., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3558 ss.;
- DONINI M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 141 ss.;
- DONINI M., *Teoria del reato: una introduzione*, Padova, 1996;
- DONINI M., voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, pp. 221 ss.;
- DOUGLAS L., *The Memory of Judgment. Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, New Haven-Londra, 2001;
- DUARTE B., *Les partis politiques, la démocratie et la Convention européenne des droits de l’homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1999, pp. 314 ss.;
- DUBUISSON F., *L’incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le droit à la liberté d’expression?*, in *Revue droit Université Libre de Bruxelles*, 2007, pp. 135 ss.;
- DUMAS H., *Négationnisme du génocide des Tutsi au Rwanda*, in *Revue d’histoire de la Shoah*, n. 190, 2009, pp. 299 ss.;
- DWORKIN R., *Foreword*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, pp. v ss.;
- EDELMAN B., *L’office du juge et l’histoire*, in *Droit et société*, n. 38/1998, pp. 47 ss.;
- ELIADE M., *Mito e realtà*, Milano, 1974;

- ELMAN B.P., E. NELSON, *Distinguishing Zundel and Keegstra*, in *Constitutional Forum*, 1992-1993, pp. 71 ss.;
- ELY J.H., *Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis*, in *Harvard Law Review*, 1975, pp. 1482 ss.;
- ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008;
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 191 ss.;
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958;
- EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS, *Combating Racism and Xenophobia Through Criminal Legislation: The Situation in the EU Member States*, Opinion n. 5-2005, 28 novembre 2005;
- EVANS R.J., *Lying about Hitler: History, Holocaust and the David Irving Trial*, New York, 2001;
- FARBER D.A., *The Categorical Approach to Protecting Speech in American Constitutional Law*, in *Indiana Law Journal*, 2009, pp. 917 ss.;
- FARRIOR S., *Molding The Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law Concerning Hate Speech*, in *Berkeley Journal of International Law*, 1996, pp. 1 ss.;
- FERLA L., *L'applicazione della finalità di discriminazione razziale in alcune recenti pronunce della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1449 ss.;
- FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI C., *International Law of Victims*, Dordrecht, 2012;
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2000;
- FERRAJOLI L., *Per un programma di diritto penale minimo*, in L. PEPINO (a cura di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano, 1993, pp. 57 ss.;
- FERZAN K.K., *Opaque Recklessness*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2001, pp. 597 ss.;
- FESTA M., *Applying a Usable Past: The Use of History in Law*, in *Seton Hall Law Review*, 2008, pp. 479 ss.;

- FIANDACA G., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Il diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985;
- FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, in G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, pp. 151 ss.;
- FIANDACA G., *Nota a Cass. pen., sez. I, sent. 29 marzo 1985, Abate*, in *Foro it.*, 1986, II, pp. 19 ss.;
- FINKIELKRAUT A., *L'avenir d'une négation. Réflexion sur la question du génocide*, Parigi, 1982;
- IORE C., *I reati di opinione*, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. II, Napoli, 2002;
- IORE C., *I reati di opinione*, Padova, 1972;
- FISK R., *A blind eye to history*, in <http://www.independent.co.uk/news/uk/a-blind-eye-to-history-1312129.html>, 30 agosto 1996;
- FLAUSS J.-F., *L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. univ. dr. h.*, 1992, pp. 462 ss.;
- FLAUSS J.-F., *L'action de L'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 487 ss.;
- FLAUSS J.-F., *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression*, in *Indiana Law Journal*, 2009, pp. 809 ss.;
- FLORE D., *Droit pénal européen*, Bruxelles, 2009;
- FLORES M. (a cura di), *Storia, verità, giustizia*, Milano, 2001;
- FOIS S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957;
- FONDAROLI D. (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008;
- FORNARI L., voce *Discriminazione razziale*, in F.C. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007;
- FORNASARI G., E. FRONZA, *Le antinomie tra diritto penale interno e diritto penale internazionale nella tutela dei diritti umani. Alcune osservazioni dal punto di vista del penalista italiano*, in G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di),

Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani: materiali dal laboratorio dell'America Latina, Trento, 2011, pp. 1 ss.;

FORTI G., *Il "dominio" penale come cosmogonia. Critica della violenza e "bisogno interiore del diritto"*, in A. CERETTI, L. NATALI (a cura di), *Universi della violenza*, Milano, 2012, pp. 27 ss.;

FOURNET C., *Commentary*, in A. KLIP, G. SLUITER (a cura di), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, vol. XVII, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 518 ss.;

FRASER D., *On the Internet, Nobody Knows You're a Nazi: Some Comparative Legal Aspects of Holocaust Denial on the WWW*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, pp. 511 ss.;

FREGO LUPPI S., *Diritto di cronaca e tutela dalla diffusione di idee razziste. Nota alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Jersild c. Danimarca*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, pp. 38 ss.;

FRESCO N., *Fabrication d'un antisémite*, Parigi, 1999;

FRONZA E., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012;

FRONZA E., *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 2008, pp. 27 ss.;

FRONZA E., *La "protección penal de la memoria". Sobre el delito de negacionismo*, in P. EIROA, M. OTERO (a cura di), *Memoria y derecho penal*, Buenos Aires, 2008, pp. 111 ss.;

FRONZA E., M. SCOLETTA, *Corti regionali, crimini internazionali e legalità penale: spunti (e problemi) a partire dal caso Kononov*, in *Ius17@unibo.it*, n. 1/2012, pp. 87 ss.;

FRONZA E., *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1997, pp. 32 ss.;

FRONZA E., *Profili penalistici del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1034 ss.;

FRONZA E., *The Criminal Protection of Memory. Some Observations About the Offence of Holocaust Denial*, in L. HENNEBEL, T. HOCHMANN (a cura di), *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011, pp. 155 ss.;

- FRONZA E., V. MANES, *Il reato di negazionismo nell'ordinamento spagnolo: la sentenza del Tribunal constitutional n. 235 del 2007*, in *Ius17@unibo.it*, n. 2/2008, pp. 489 ss.;
- FROWEIN J.A., *Incitement Against Democracy as a Limitation of Freedom of Speech*, in D. KRETZMER, F.K. HAZAN (a cura di), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, L'Aia, 2000, pp. 33. ss.;
- FROWEIN J.A., W. PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention - EMRK Kommentar*, 3° ed., Kehl, 2009;
- GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 1999, pp. 743 ss.;
- GALLERANO N. (a cura di), *L'uso pubblico della storia*, Milano, 1995;
- GALLO E., E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984;
- GALLO E., *Il principio di idoneità nel delitto di pubblica istigazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 1514 ss.;
- GALLO E., voce *Attentato (delitti di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, pp. 340 ss.;
- GAMBERINI A., G. INSOLERA, *Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, pp. 135 ss.;
- GAMBERINI A., G. INSOLERA, *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti*, in *Diritto e giustizia*, 2006, pp. 94 ss.;
- GAMBERINI A., *I "pensieri leciti" della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 671 ss.;
- GARAPON A., *Chiudere i conti con la storia. Colonizzazione, schiavitù, Shoah* (2008), trad. it. di D. Bifulco, Milano, 2009;
- GARGANI A., *Dal "corpus delicti" al "Tatbestand". Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997;
- GARLICKI L., *"Constitutional Values" and the Strasbourg Court*, in *Acta Societatis Martensis*, vol. 4, 2009/2010, pp. 13 ss.;
- GARMAN J.J., *The European Union combats racism and xenophobia by forbidding expression: an analysis of the Framework Decision*, in *University of Toledo Law Review*, 2008, pp. 843 ss.;

- GAVAGNIN G., *Il negazionismo nella legislazione penale francese, austriaca e tedesca*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, pp. 199 ss.;
- GAYNOR F., *Uneasy Partners – Evidence, Truth and History in International Trials*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, 2012, pp. 1257 ss.;
- GIANFREDA A., *Il “Racial and Religious Hatred Act 2006”: il dibattito parlamentare e il testo approvato*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2006, pp. 407 ss.;
- GIL GIL A., *I limiti dell’applicazione retroattiva della Convenzione europea dei diritti umani: la guerra civile spagnola e il massacro di prigionieri polacchi durante la seconda guerra mondiale*, in *Ius17@unibo.it*, n. 1/2012, pp. 79 ss.;
- GINZBURG C., *Beweis, Gedächtnis, Vergessen*, in http://www.werkstattgeschichte.de/werkstatt_site/archiv/WG30_050-060_GINZBURG_BEWEIS.pdf;
- GINZBURG C., *Il giudice e lo storico. Considerazioni a margine del processo Sofri*, Torino, 1991;
- GOLDBERGER D., *Skokie: The First Amendment Under Attack by Its Friends*, in *Mercer Law Review*, 1978, pp. 761 ss.;
- GOMIEN D., D. HARRIS, L. ZWAAK (a cura di), *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasburgo, 1996;
- GORDON G.S., “A War of Media, Words, Newspapers, and Radio Stations”: *the ICTR Media Trial Verdict and a New Chapter in the International Law of Hate Speech*, in *Virginia Journal of International Law*, 2004, pp. 139 ss.;
- GORDON G.S., *From Incitement to Indictment? Prosecuting Iran’s President [...]*, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 2008, pp. 853 ss.;
- GRANDE E., *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000;
- GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, Milano, 2000;
- GRASSO G. (a cura di), *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998;
- GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989;

- GRASSO G., *Il Corpus Juris e il progetto di "Costituzione per l'Europa"*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, pp. 1 ss.;
- GRASSO G., *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2307 ss.;
- GRASSO G., *Introduzione: Diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, pp. 1 ss.;
- GRASSO G., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, pp. 359 ss.;
- GRASSO G., R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007;
- GRASSO G., *Relazione introduttiva*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, pp. 1 ss.;
- GREER S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 2000;
- GROBMAN A., R. MEDOFF, *Holocaust Denial: A Global Survey-2007*, The David S. Wyman Institute for Holocaust Studies;
- GUSY C., *Weimar – die wehrlose Republik?*, Tübingen, 1991;
- GUTTENPLAN D., *The Holocaust on Trial: History, Justice and the David Irving Libel case*, New York, 2001;
- HABERMAS J., *L'uso pubblico della storia*, in G.E. RUSCONI (a cura di), *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca*, Torino, 1987, pp. 98 ss.;
- HAGUENAU-MOIZARD C., *Vers une harmonisation communautaire du droit pénal?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, pp. 377 ss.;
- HALBWACHS M., *La Mémoire Collective*, Parigi, 1950;
- HARE I., *Crosses, Crescents and Sacred Cows: Criminalising Incitement to Religious Hatred*, in *Public Law*, 2006, pp. 520 ss.;
- HARE I., *Extreme Speech Under International and Regional Human Rights Standards*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, pp. 62 ss.;

- HARVEY P., *Militant Democracy and the European Convention on Human Rights*, in *European Law Review*, 2004, pp. 407 ss.;
- HASSEMER W., *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars Interpretandi*, 2005, pp. 125 ss.;
- HASSEMER W., J.P. REEMTSMA, *Verbrechensopfer. Gesetz und Gerechtigkeit*, Monaco, 2002;
- HASSEMER W., *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, pp. 553 ss.;
- HASSEMER W., *Theorie und Soziologie des Verbrechen*, Francoforte, 1973;
- HEINZE E., *Viewpoint Absolutism and Hate Speech*, in *The Modern Law Review*, vol. 69, 2006, pp. 543 ss.;
- HELLMANN M., J. GÄRTNER, *Neues beim Volksverhetzungstatbestand – Europäische Vorgaben und ihre Umsetzung*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, pp. 961 ss.;
- HENDERSON C., *Mera propaganda o arma di genocidio? Ruanda: il caso dei "media dell'odio"*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 2654 ss. (parte 1) e pp. 3617 ss. (parte 2);
- HERENCIA CARRASCO S., *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, in AA.VV., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlino-Montevideo, 2011, pp. 381 ss.;
- HERLIN-KARNELL E., *Waiting for Lisbon... Constitutional Reflections on the Embryonic General Part of EU Criminal Law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2009, pp. 227 ss.;
- HILL L.E., *The Trial of Ernst Zündel. Revisionism and the Law in Canada*, in *Simon Wiesenthal Center, Annual* 6, 1989, pp. 165 ss.;
- HIRSCH H.J., *Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff*, in *Festschrift für Dionysios Spinellis*, vol. I, Athen-Komotini, 2001, pp. 425 ss.;
- HOCHMANN T., *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Etude de droit comparé*, Parigi, 2013;
- HOCHMANN T., *Les limites à la liberté de l'“historien” en France et en Allemagne*, in *Droit et société*, n. 69-70/2008, pp. 527 ss.;
- HÖRNLE T., *Grob anstößiges Verhalten*, Francoforte, 2005;

- HUSTER S., *Das Verbot der "Auschwitzlüge", die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, pp. 487 ss.;
- INGRAO I., *Informazione e diffusione di idee razziste: il caso Jersild contro Danimarca*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1994, pp. 578 ss.;
- INSOLERA G., *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, pp. 2351 ss.;
- INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006;
- INSOLERA G., *Democrazia, ragione e prevaricazione: dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003;
- INSOLERA G., *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, in *Crit. dir.*, 2003, pp. 19 ss.;
- INSOLERA G., V. MANES, *La sentenza della Corte di Giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 2768 ss.;
- INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARE, *Étude comparative sur la négation des génocides et des crimes contre l'humanité*, 19 dicembre 2006;
- INSTITUTE FOR JEWISH POLICY RESEARCH, Report n. 3-2000: *Combating Holocaust denial through law in the United Kingdom*, 2000;
- IRURZUN MONTORO F., *¿El espacio judicial europeo en una encrucijada?*, in L.A. ZAPATERO, A. NIETO MARTIN (a cura di), *El derecho penal de la Unión europea*, Cuenca, 2007, pp. 49 ss.;
- JÄGER H., *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten: eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stoccarda, 1957;
- JESCHECK H.H., *Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo e internazionale [...]*, in L. FOFFANI (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI Secolo*, Milano, 2006, pp. 1 ss.;
- JESCHECK H.H., *Possibilità e limiti di un diritto penale per la protezione dell'Unione europea*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, pp. 13 ss.;
- JESSE E., *Streitbare Demokratie, Theorie Praxis, und Herausforderungen in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlino, 1981;

JOERGES C., N.S. GHALEIGH (a cura di), *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Portland, 2003;

KAHN R., *Holocaust Denial and the Law. A Comparative Study*, New York, 2004;

KAHN R.A., *Cross-Burning, Holocaust Denial, and the Development of Hate Speech Law in the United States and Germany*, in *University of Detroit Mercy Law Review*, 2006, pp. 163 ss.;

KAMINSKI I.C., “*Historical situations*” in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in Strasbourg, in *Polish Yearbook of International Law*, 2010, pp. 9 ss.;

KASTANAS E., *Unité et Diversité: notions autonomes et marge d’appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 1996;

KAYE E., *The desecraters of memory: Holocaust denial, a marginal phenomenon or a real ranger? Methodology for confrontation*, International School for Holocaust studies, 1997;

KEANE D., *Attacking Hate Speech Under Article 17 of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2007, pp. 641 ss.;

KÜHL K., *Auschwitz-Leugnen als strafbare Volksverhetzung?*, in K. BERNSMANN, K. ULSENHEIMER (a cura di), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, Colonia-Berlino-Bonn-Monaco, 2003, pp. 103 ss.;

KÜHL K., *sub § 130*, in K. LACKNER, K. KÜHL (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27° ed., Monaco, 2011;

KWON O., *The Challenge of an International Criminal Trial as Seen from the Bench*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2007, pp. 360 ss.;

LABAYLE H., *Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l’Union dans l’Espace de liberté, sécurité et justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2006, pp. 1 ss.;

LAITENBERGER A., *Die Strafbarkeit der Verbreitung rassistischer, rechtsextremistischer und neonazistischer Inhalte: Unter besonderer Berücksichtigung der Verbreitung über Netzwerke. Ein Rechtsvergleich*, Francoforte, 2003;

- LAMBERT P., *La résurgence du racisme, de l'antisémitisme et de la xénophobie, en Europe*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 271 ss.;
- LAMBERT P., *Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité*, in F. SUDRE (a cura di), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, pp. 63 ss.;
- LANDA GOROSTIZA J.M., "Nuevos" crímenes contra la humanidad: el nuevo delito de lesa humanidad (artículo 607 bis CP 1995) desde una perspectiva intrasistémática, in *Eguzkilore*, n. 17/2003, pp. 105 ss.;
- LANDA GOROSTIZA J.M., *La llamada "mentira de Auschwitz" (art. 607.2 CP) y el "delito de provocación" (art. 510 CP) a la luz del caso Varela: una oportunidad perdida para la cuestión de inconstitucionalidad (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona)*, in *Actualidad Penal*, 1999, pp. 689 ss.;
- LASSON K., *Holocaust Denial and the First Amendment: The Quest for Truth in a Free Society*, in *George Mason Law Review*, 1997, pp. 35 ss.;
- LAVAGNA C., *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Democrazia e diritto*, 1967, pp. 367 ss.;
- LAVENDER N., *The Problem of the Margin of Appreciation*, in *European Human Rights Law Review*, 1997, pp. 380 ss.;
- LE CROM J.P., J.C. MARTIN, *Vérité historique, vérité judiciaire*, in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 1995, pp. 196 ss.;
- LE MIRE P., *sub Article 17*, in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (diretto da), *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2° ed., Parigi, 1999, pp. 509 ss.;
- LEGNANI M., *Al mercato della storia. Il mestiere di storico tra scienza e consumo*, a cura di L. BALDISSARA, S. BATTILOSSI, P. FERRARI, Roma, 2000;
- LENCKNER T., D. STERNBERG-LIEBEN, *sub § 130*, in *Strafgesetzbuch*, 28 ed., Monaco, 2010;
- LERNER M., *It is later than you think: the need for a militant democracy*, New York, 1943 (ora pubblicato da Transaction Publishers, New Brunswick, 1989);
- LETSCHERT R., J. VAN DIJK (a cura di), *The new faces of victimhood: globalization, transnational crimes and victim rights*, Dordrecht, 2011;

- LEVINET M., *La fermeté bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme face au négationnisme. Obs. s/ la décision du 24 juin 2003*, Garaudy c. France, in *Rev. trim. dr. h.*, 2004, pp. 653 ss.;
- LIPSTADT D.E., *Betrifft: Leugnen des Holocaust*, Zurigo, 1994;
- LIPSTADT D.E., *Denying the Holocaust: the growing assault on truth and memory*, New York, 1992;
- LISENA F., *Spetta allo Stato accertare la "verità storica"?*, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 3959 ss.;
- LOBBA P., *Ai confini della giustizia penale internazionale: i Khmer Rossi a processo davanti alle "Extraordinary Chambers" di Cambogia*, in *Ind. pen.*, 2012, pp. 607 ss.;
- LOBBA P., *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in *Ius17@unibo.it*, n. 3/2011, pp. 109 ss.;
- LOEWENSTEIN K., *Militant Democracy and Fundamental Rights*, in *The American Political Science Review*, 1937, pp. 417 ss. e 638 ss.;
- LOLLINI A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna, 2005;
- LOLLINI A., *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemicici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, pp. 479 ss.;
- LOSURDO D., *Il revisionismo storico: problemi e miti*, Roma-Bari, 1996;
- LOSURDO F., *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo: storia e giurisprudenza*, Torino, 2011;
- LUCARELLI A., A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Napoli, 2009;
- LUTHER J., *L'antinegazionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 2008, pp. 1192 ss.;
- LUTHER J., *Ragionevolezza e dignità umana*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, vol. II, Roma, 2007, pp. 185 ss.;
- MACDONALD R.ST.J., *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the ECHR*, in *International Law at the Time of its Codification. Essays in honour of Roberto Ago*, vol. 3, Milano, 1987, pp. 187 ss. e in A. CLAPHAM, F.

- EMMERT (a cura di), *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. 2(2), *The Protection of Human Rights in Europe*, Dordrecht, 1990, pp. 99 ss.;
- MACKINNON C.A., *International Decisions: Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, in *The American Journal of International Law*, 2004, pp. 325 ss.;
- MACKINNON C.A., *International decisions: Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza, & Ngeze: Case No. ICTR 99-52-A: International Criminal Tribunal for Rwanda, Appeals Chamber, November 28, 2007*, in *The American Journal of International Law*, 2009, pp. 97 ss.;
- MACULAN E., *Le risposte alle gravi violazioni dei diritti umani in Argentina: l'esperienza dei "giudizi per la verità"*, in *Ind. pen.*, 2010, pp. 331 ss.;
- MAHONEY P., *Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism?*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, pp. 1 ss.;
- MAHONEY P., *Universality versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech: Explaining Some Recent Judgments*, in *European Human Rights Law Review*, 1997, pp. 364 ss.;
- MAIELLO V., *La disciplina interna del MAE tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo tendenzialmente assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 112 ss.;
- MALARINO E., *Attivismo giudiziario, punitivismo e sovranazionalizzazione*, in G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani: materiali dal laboratorio dell'America Latina*, Trento, 2011, pp. 33 ss.;
- MALENA M., *Il caso Irving: libertà di pensiero o mistificazione della realtà?*, in *Quad. cost.*, 2006, pp. 116 ss.;
- MALIK M., *Extreme Speech and Liberalism*, in I. HARE, J. WEINSTEIN (a cura di), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, 2009, pp. 96 ss.;
- MANACORDA S., *Judicial activism dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2005, pp. 940 ss.;
- MANACORDA S., *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, pp. 55 ss.;

- MANACORDA S., *La deroga alla doppia punibilità nel mandato di arresto europeo e il principio di legalità (note a margine di Corte di Giustizia, Advocaten voor de Wereld, 3 maggio 2007)*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 4346 ss.;
- MANACORDA S., *Le droit pénal et l'Union européenne: esquisse d'un système*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2000, pp. 95 ss.;
- MANCUSO C., *La Decisione quadro 2008/913/GAI: Due passi avanti e uno indietro nella lotta europea contro il razzismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 645 ss.;
- MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 739 ss.;
- MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 839 ss.;
- MANES V., *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, pp. 9 ss.;
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012;
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005;
- MANES V., *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 1 ss.;
- MANES V., *Nessuna pena senza legge (articolo 7.1)*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 258 ss.;
- MANETTI M., *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, 2005, pp. 103 ss.;

- MANETTI M., *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione, potere, libertà*, Torino, 2005, pp. 41 ss.;
- MANNHEIM K., *Diagnosis of our time: wartime essays of a sociologist*, Londra, 1943 (trad. it. *Diagnosi del nostro tempo*, Milano, 1951);
- MANTOVANI F., *Il principio di offensività nello Schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 310 ss.;
- MARCHEGIANI M., *L'obbligo di interpretazione conforme alla decisione quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. eur.*, 2006, pp. 563 ss.
- MARINIELLO T., *The "Nuremberg Clause" and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court's Jurisprudence*, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 82(2), 2013, pp. 221 ss.;
- MARINUCCI G., E. DOLCINI, *Diritto penale "minimo" e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 802 ss.;
- MARQUARD O., A. MELLONI, *La storia che giudica, la storia che assolve*, Roma-Bari, 2008;
- MARROU H.I., *La conoscenza storica*, Bologna, 1962;
- MARSHALL WILLIAMS A., J. COOPER, *Hate speech, Holocaust denial and international human rights law*, in *European Human Rights Law Review*, 1999, pp. 593 ss.;
- MARTIN J.-C., *La démarche historique face à la vérité judiciaire. Juges et historiens*, in *Droit et société*, 1998, pp. 13 ss.;
- MARTINEAU A.C., *Les juridictions pénales internationalisées: un nouveau modèle de justice hybride?*, Parigi, 2007;
- MASSARO A., *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione (e non solo): contenuti e limiti della L. n. 85 del 2006*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 3857 ss.;
- MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983;
- MAZZINI G., *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2000, pp. 349 ss.;

- MCCARTHY C., *Victim Redress and International Criminal Justice: Competing Paradigms, or Compatible Forms of Justice?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2012, pp. 351 ss.;
- MCGOLDRICK D., T. O'DONNELL, *Hate-speech laws: consistency with national and international human rights law*, in *Legal Studies*, 1998, pp. 453 ss.;
- MCNAMARA L., *History, Memory and Judgment: Holocaust denial, The History Wars and Law's Problems with the Past*, in *Sydney Law Review*, 2004, pp. 352 ss.;
- MEGHNAGI S., *Introduzione*, in S. MEGHNAGI (a cura di), *Memoria della shoah: dopo i testimoni*, Roma, 2007, pp. XIII ss.;
- MENGOZZI P., *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, 2° ed., Padova, 2006;
- MERLI A., *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, 2008;
- MERTL S., J. WARD, *Keegstra: The Trial, the Issues, the Consequences*, Saskatoon, 1985;
- METTRAUX F., *International crimes and the ad hoc tribunals*, 2005, pp. 254 ss.;
- MEYER-LADEWIG J., *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar*, 3° ed., Baden-Baden, 2011;
- MIGLIORINI S., *La continuità degli atti comunitari e del terzo pilastro dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, pp. 421 ss.;
- MITSOLEGAS V., *EU Criminal Law*, Oxford, Portland, 2009;
- MITSOLEGAS V., *The third wave of third pillar: which direction for EU criminal justice?*, in *European Law Review*, 2009, pp. 523 ss.;
- MOCCIA S. (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002;
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992;
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, 2° ed., 1997;
- MONACO G., *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, pp. 45 ss.;

- MORKEL D.W., *On the Distinction Between Recklessness and Conscious Negligence*, in *American Journal of Comparative Law*, 1982, pp. 325 ss.;
- MORRISON C., *The Margin of Appreciation Doctrine Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1982, pp. 47 ss.;
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, 2° ed., Padova, 1976;
- MÜLLER F., *The Nazi Prohibition Act in Relation to Freedom of Speech. A survey on Austrian Constitutional Law*, in *Revue en ligne "Etudes Européennes"*, dossier n. 9/2006, in <http://www.etudes-europeennes.eu/archives-completes/archives-completes.html>;
- MURRAY D., *Freedom of Expression, Counter-Terrorism and the Internet in light of the UK Terrorist Act 2006 [...]*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2009, pp. 331 ss.;
- MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974;
- MUSCO E., *A proposito del diritto penale "comunque ridotto"*, in L. PEPINO (a cura di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano, 1993, pp. 170 ss.;
- NEIER A., *Defending My Enemy: American Nazis, The Skokie Case, and the Risks of Freedom*, New York, 1979;
- NEPPI MODONA G., *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo: scritti degli allievi*, Torino, 2004, pp. 89 ss.;
- NICAUD B., *La Cour européenne des droits de l'homme face à la caricature de presse*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2009, pp. 1109 ss.;
- NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006;
- NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006;
- NICOSIA E., *Nessuna pena senza legge* (articolo 7.2), in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 288 ss.;
- NIETO MARTIN A., *Activismo judicial v. euroescepticismo: comentario a los casos Comisión v. Consejo, Pupino y Berlusconi*, in *Revista general de derecho penal*, 2005, pp. 1 ss.;

- NOLL P., *Symbolische Gesetzgebung*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Strafrecht*, 1981, pp. 347 ss.;
- NORA P., *Between Memory and History: Les Lieux de Mémoire*, in *Representations*, 1989, pp. 7 ss.;
- NORA P., *Realms of Memory: Rethinking the French Past*, New York, 1996;
- NOTARO D., *Analisi delle modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Leg. pen.*, 2006, pp. 401 ss.;
- O'BOYLE M., *The Margin of Appreciation and Derogation under Article 15: Ritual Incantation or Principle?*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, pp. 23 ss.;
- O'DONNELL T.A., *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1982, pp. 474 ss.;
- OBERNDÖRFER D., *Germany's 'Militant Democracy': An Attempt to Fight Incitement Against Democracy [...]*, in D. KRETZMER, F.K. HAZAN (a cura di), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, L'Aia, 2000, pp. 237 ss.;
- OETHEIMER M., *Protecting Freedom of Expression: The Challenge of Hate Speech [...]*, in *Cardozo Journal of International & Comparative Law*, 2009, pp. 427 ss.;
- OHLIN J.D., *Incitement and Conspiracy to Commit Genocide*, in P. GAETA (a cura di), *The UN Genocide Convention: a commentary*, Oxford, 2009, pp. 207 ss.;
- OLÁSOLO H., P. GALAIN, *La influencia en la Corte Penal Internacional de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas*, in AA.VV., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Berlino-Montevideo, 2010, pp. 379 ss.;
- ORENTLICHER D.F., *Criminalizing Hate Speech in the crucible of Trial: Prosecutor v. Nahimana*, in *American University International Law Review*, 2006, pp. 557 ss.;
- OSIEL M.J., *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, New Brunswick, 1997;

- OSIEL M.J., *Politica della punizione, memoria collettiva e diritto internazionale*, in L. BALDISSARA, P. PEZZINO (a cura di), *Giudicare e punire: i processi per crimini di guerra tra diritto e politica*, Napoli, 2005, pp. 105 ss.;
- PACE A., *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, vol. XXXIV, 1963, pp. 111 ss.;
- PACE A., M. MANETTI, *sub art. 21 – La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (diretto da), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2006;
- PADOVAN D., *Razzismo e modernità. Appunti per una discussione sui razzismi e le loro rappresentazioni sociologiche*, in *Dei delitti e delle pene*, II, 1994, pp. 91 ss.;
- PADOVANI T., *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del Titolo I, Libro II, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 1 ss.;
- PADOVANI T., *Un intervento normativo sordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al diritto*, 2006, n. 14, pp. 23 ss.;
- PALADIN L., *Libertà di pensiero e libertà d'informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, pp. 5 ss.;
- PALADIN L., voce *Ordine pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1965, pp. 30 ss.;
- PALAZZO F.C., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 468 ss.;
- PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 350 ss.;
- PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 849 ss.;
- PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 430 ss.;
- PALIERO C.E., *Il sistema sanzionatorio ed i presupposti generali di applicazione delle pene*, in L. PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, pp. 171 ss.;
- PASCARELLI R., *La riforma dei reati di opinione: un commento alla nuova disciplina*, in *Ind. pen.*, 2006, pp. 697 ss.;

PASTOR D., *Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina*, in G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente*, Trento, 2009, pp. 99 ss.;

PATRONE I., *L'Olocausto, il giudice inglese ed il "caso Irving"*, in *Quest. giust.*, 2000, pp. 747 ss.;

PAVONE C., *Negazioni, rimozioni, revisionismi: storia o politica?*, in E. COLLOTTI (a cura di), *Fascismo ed antifascismo, Fascismo ed antifascismo*, Bari, 2000, pp. 15 ss.;

PECH L., *Lois mémorielles et liberté d'expression: De la controverse à l'ambiguïté. Note sous la décision du Conseil constitutionnel n° 2012-647 DC du 28 février 2012*, in corso di pubblicazione in *Revue française de droit constitutionnel*;

PECH L., *The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition*, in L. HENNEBEL, T. HOCHMANN (a cura di), *Genocide Denials and the Law*, Oxford, 2011, pp. 185 ss. (reperibile anche online come "Jean Monnet Working Paper n. 10/09");

PEDRAZZI C., *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano*, in G. ALPA, M. CAPELLETTI, A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, 1982, pp. 611 ss.;

PEDRAZZI M. (a cura di), *Mandato di arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004;

PEERS S., *The European Community's criminal law competence*, in *European Law Review*, 2008, pp. 399 ss.;

PELISSERO M., *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 960 ss. e 1198 ss.;

PENNICINO S., *Italy's proposal on Holocaust denial in a comparative perspective*, in *Revista general de derecho publico comparado*, 2007, in http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=400548&d=1;

PETRINI D., *I giuristi e il delitto di negazionismo*, in *Contemporanea. Rivista di storia dell'800 e del '900*, 2009, pp. 112 ss.;

- PIAZZA S., *Spunti ricognitivi delle disposizioni di contrasto alle forme di discriminazione razziale nel diritto internazionale, nel diritto europeo e nel diritto comunitario*, in *L'Amministrazione italiana*, 2006, pp. 801 ss.;
- PICHENY M.L., *A fertile ground: the expansion of Holocaust denial into the Arab world*, in *Boston College Third World Law Journal*, 2003, pp. 331 ss.;
- PICHERAL C., *Discrimination raciale et convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 517 ss.;
- PICINALI F., *Can the Crime of Persecution Encompass Hate Speech?*, in *Mexican Yearbook of International Law*, 2010, pp. 415 ss.;
- PICOTTI L. (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999;
- PICOTTI L., *Diffusione di idee "razziste" e incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giur. merito*, 2006, pp. 1960 ss.;
- PICOTTI L., *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del Progetto di Costituzione per l'Europa*, in ID. (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, pp. 71 ss.;
- PICOTTI L., *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, Padova, 2006, pp. 143 ss.;
- PICOTTI L., *Superamento della c.d. tecnica del "doppio testo" e tutela penale degli interessi europei*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, pp. 324 ss.;
- PINTON S., *La rilevanza della memoria nella tutela internazionale dei diritti umani*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, Padova, 2006, pp. 23 ss.;
- PINTON S., *La rilevanza della memoria nella tutela internazionale dei diritti umani*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, Padova, 2006, pp. 23 ss.;
- PIROZZOLI A., *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007;
- PISANTY V., *L'irritante questione delle camere a gas. Logica del negazionismo*, Milano, 1998;

- PISANTY V., *Sul negazionismo*, in E. COLLOTTI (a cura di), *Fascismo ed antifascismo*, Bari, 2000, pp. 43 ss.;
- PIZZORUSSO A., *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005;
- PIZZORUSSO A., *Libertà di pensiero. Opportunità e rischi*, in M. BOVERO, *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma, 2004, pp. 65 ss.;
- POGGIO P.P., *Nazismo e revisionismo storico*, Roma, 1997;
- POLLICINO O., *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, pp. 85 ss.;
- POPPER K., *La società aperta e i suoi nemici - 1. Platone totalitario*, Roma, 1973;
- PROST A., *L'historien, le témoin et l'accusé*, in F. BRAYARD (diretto da), *Le Génocide des Juifs entre procès et Histoire 1943-2000*, Parigi-Bruxelles, 2000, pp. 290 ss.;
- PRUTSCHI M., *The Zündel Affair*, in A. DAVIES (a cura di), *Antisemitism in Canada. History and Interpretation*, Waterloo, 1992, pp. 249 ss.;
- PUGIOTTO A., *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost.*, 2009, pp. 7 ss.;
- PULITANÒ D., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, pp. 134 ss.;
- PULITANÒ D., *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 239 ss.;
- PULITANÒ D., *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giust.*, 1970, fasc. 5-6, pp. 187 ss.;
- PULITANÒ D., *Riforma dei reati di opinione?*, in *Corr. giur.*, 2006, pp. 745 ss.;
- PULITANÒ D., *Sulla legittimità dei reati d'opinione nella proposta Mastella*, in *Quad. cost.*, 2007, pp. 371 ss.;
- RAIMONDI G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2005;

- RAMOS VÁZQUEZ J.A., *A declaración de inconstitucionalidad del delito de “negacionismo” (artículo 607.2 del código penal)*, in *Revista penal*, 2009, pp. 120 ss.;
- RAWLS J., *Una teoria della giustizia* (1982), trad. it. di U. Santini, Milano, 2002;
- RENAULD B., *La décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil de l’Union Européenne: du nouveau en matière de lutte contre le racisme?*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2010, pp. 119 ss.;
- RESTA G., V. ZENO-ZENCOVICH, *Judicial ‘truth’ and historical ‘truth’: the case of the Ardeatine Quarries massacre*, in corso di pubblicazione in *Law & History Review*, 2013;
- RESTA G., V. ZENO-ZENCOVICH, *La storia “giuridificata”*, in ID. (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, pp. 11 ss.;
- RIKHOF J., *Hate speech and international criminal law: the Mugesera Decision by the Supreme Court of Canada*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 1121 ss.;
- RIMOLI F., *Tutela del sentimento religioso, principio di eguaglianza e laicità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 3343 ss.;
- RIMOLI F., voce *Laicità (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1995, pp. 1 ss.;
- RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea*, Padova, 1995;
- RIONDATO S., *Il falso in bilancio e la sentenza della Corte di Giustizia CE: un accoglimento travestito da rigetto*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 911 ss.;
- RIPOLI M., *Ancora sul negazionismo. Garaudy letto sul serio*, in *Ragion pratica*, 1999, pp. 71 ss.;
- RIZ R., *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984;
- RIZZA C., *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione*, Milano, 2000, pp. 85 ss.;
- ROBINSON N., *The Genocide Convention: a commentary*, New York, 1960;

- ROETS D., *Épilogue européen dans l'affaire Garaudy: les droits de l'homme à l'épreuve du négationnisme*, in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 239;
- ROMANO C., A. NOLLKAEMPER, J.K. KLEFFNER (a cura di), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals*, Oxford, 2004;
- ROMANO M., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 493 ss.;
- ROMANO M., *sub* Pre-Art. 39, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, Milano, 2004;
- ROMANO S., *Lettera a un amico ebreo*, Milano, 1997;
- RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979;
- ROSCINI M., *La libertà di esprimere dichiarazioni razziste e blasfeme nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, pp. 95 ss.;
- ROSSI L.S. (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione*, Milano, 2004;
- ROTONDI F., *Luna di miele ed Auschwitz. Riflessioni sul negazionismo della Shoah*, Napoli, 2005;
- ROUSSO H., *La hantise du passé: entretien avec Philippe Petit*, Parigi, 1998;
- ROUSSO H., *Le syndrome de Vichy*, Parigi, 1987;
- ROUSSO H., *The Haunting Past: History, Memory and Justice in Contemporary France* (1998), Philadelphia, 2002;
- ROXIN C., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlino-New York, 1973;
- ROXIN C., *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, pp. 730 ss.;
- RUDOLF B., *Le droit allemand face au discours raciste et aux partis racistes*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 277 ss.;
- RUSSO C., P. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, 2° ed., Milano, 2006;
- SAJÓ A. (a cura di), *Militant Democracy*, Utrecht, 2004;
- SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, pp. 395 ss.;

- SALVADOR P., A. RUBI, *Genocide Denial and Freedom of Speech. Comments on the Spanish Constitutional Court's Judgment 235/2007, November 7th*, in *Review of the Analysis of the Law*, 2008, pp. 4 ss.;
- SALVATELLI P., *La Corte di Giustizia e la "comunitarizzazione" del "Terzo Pilastro"*, in *Quad. cost.*, 2005, pp. 887 ss.;
- SALVATELLI P., *Un'ulteriore tappa sulla via della comunitarizzazione del Terzo Pilastro?*, in *Quad. cost.*, 2005, pp. 425 ss.;
- SAMMARCO G., *Interessi comunitari e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002;
- SANCHEZ J.-M.S., *Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"*, in *Derecho en sociedad*, n. 1/2011, pp. 37 ss.;
- SAPIENZA R., *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 1991, pp. 571 ss.;
- SATZGER H., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 4^o ed., Baden-Baden, 2010;
- SAVY D., *La tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione nella disciplina del mandato di arresto europeo*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>, 22 ottobre 2012;
- SCAFFARDI L., *Istigazione all'odio e società multi-etnica: il Canada e l'hate speech*, in G. ROLLA (a cura di), *Eguale, ma diversi: identità ed autonomia secondo la giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, Milano, 2006, pp. 163 ss.;
- SCAFFARDI L., *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Padova, 2009;
- SCHABAS W.A., *Charles Taylor Judgment Suggests a More Modest Level of Participation in the Sierra Leone Conflict*, 28 April 2012, in <http://humanrightsdoctorate.blogspot.it>;
- SCHABAS W.A., *Conjoined Twins of Transitional Justice?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, pp. 1082 ss.;
- SCHABAS W.A., D. TURP, *La Charte canadienne des droits et libertés et le droit international: les enseignements de la Cour suprême du Canada dans*

les affaires Keegstra, Andrews et Taylor, in *Revue Québécoise de droit international*, 1989-1990, pp. 12 ss.;

SCHABAS W.A., *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, 2° ed., Cambridge, 2009;

SCHABAS W.A., *Hate Speech in Rwanda: the Road to Genocide*, in M. LATTIMER (a cura di), *Genocide and human rights*, Aldershot, 2007, pp. 231 ss.;

SCHAUER F., *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, in *Vanderbilt Law Review*, 1981, pp. 265 ss.;

SCHAUS A., *Le délit de presse raciste*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, 2000, pp. 735 ss.;

SCHOKKENBROEK J., *The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, pp. 30 ss.;

SCHULZ S., *Transitional Justice und hybride Gerichte*, Berlino, 2009;

SCHÜNEMANN B. (a cura di), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, trad. it., *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Milano, 2007;

SGUBBI F., *I reati in materia di sicurezza e igiene del lavoro: connotati del sistema*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, pp. 259 ss.;

SGUBBI F., V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007;

SGUBBI F., voce *Diritto penale comunitario*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, pp. 89 ss.;

SGUBBI F., voce *Diritto penale comunitario*, in *Noviss. Dig. it.*, App. II, Torino, 1981, pp. 1220 ss.;

SHAHABUDDEEN M., *Teething Phase of the ECCC*, in *Chinese Journal of International Law*, 2011, pp. 469 ss.;

SICURELLA R., *"Eppur si muove!" : alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, pp. 191 ss.;

- SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005;
- SICURELLA R., *Il Corpus Juris e la definizione di un sistema di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, pp. 31 ss.;
- SICURELLA R., *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, pp. 245 ss.;
- SIEGHART P., *International Law of Human Rights*, Oxford, 1983;
- SIEGHART P., *The Lawful Rights of Mankind*, Oxford, 1985;
- SILVA C., *Il concetto di discriminazione razziale al vaglio della Corte di cassazione*, in *Ind. pen.*, 2009, pp. 207 ss.;
- SIRACUSANO P., *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano, 1983;
- SIRACUSANO P., *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano, 1983;
- SOTIS C., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 109 ss.;
- SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena del diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2012, pp. 111 ss.;
- SOTIS C., *Il bilanciamento tra Corte dei diritti e giudici nella vicenda delle scommesse*, in *Quad. cost.*, 2007, pp. 675 ss.;
- SOTIS C., *Il diritto senza codice*, Milano, 2007;
- SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 1146 ss.;
- SOTIS C., *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012;
- SOTIS C., *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, Milano, 2009, pp. 140 ss.;

- SOUTHWICK K.G., *Srebrenica as Genocide? The Krstic Decision and the Language of the Unspeakable*, in *Yale Human Rights & Development Law Journal*, 2005, pp. 188 ss.;
- SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 689 ss.;
- SPIELMANN A., *La Convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit*, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, 1998, pp. 673 ss.;
- SPIGNO I., *Un dibattito ancora attuale: l'Olocausto e la sua negazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 1921 ss.;
- STEIN E., *History Against Free Speech: The new German Law Against the "Auschwitz" – and other – "Lies"*, in *Michigan Law Review*, 1986, pp. 277 ss.;
- STEINER H.J., P. ALSTON, R. GOODMAN, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 3° ed., Oxford, 2007;
- STELLA F., *Giustizia e modernità*, 3° ed., Milano, 2003;
- STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 3 ss.;
- STOLLEIS M., *Der Historiker als Richter – der Richter als Historiker*, in N. FREI, D. VAN LAAK, M. STOLLEIS (a cura di), *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, Monaco, 2000, pp. 173 ss.;
- STORTONI L., L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo: l'analisi critica della Scuola di Francoforte: atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*, Milano, 2004;
- STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976;
- STORTONI L., *L'incostituzionalità dei reati di opinione: una questione "liquidata"?*, in *Foro it.*, 1979, I, pp. 899 ss.;
- STORTONI L., *Diritti dell'uomo ed emergenza: (l'eredità de)gli anni di piombo*, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. II, Napoli, 2002, pp. 29 ss.;
- STORTONI L., *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, pp. 14 ss.;

- STORTONI L. (a cura di), *Il diritto penale giurisprudenziale*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 2/1991, pp. 7 ss.;
- STORTONI L., *Presentazione*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, pp. IX ss.;
- STRADELLA E., *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Torino, 2011;
- STRAUS S., *Contested meanings and conflicting imperatives: a conceptual analysis of genocide*, in *Journal of Genocide Research*, 2001, pp. 349 ss.;
- STRENG F., *Das Unrecht der Volksverhetzung*, in *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlino, 1987, pp. 501 ss.;
- STRENG F., *Verharmlosen des Holocaust durch den Verteidiger?*, in *Juristen Zeitung*, 2001, p. 201 ss.;
- SUÁREZ ESPINO M.L., *Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio*, in *InDret. Revista para el análisis del derecho*, n. 2/2008, in <http://ssrn.com/abstract=1371636>;
- SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10° ed., Parigi, 2011;
- SULLIVAN K.M., *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, in *University of Colorado Law Review*, 1992, pp. 293 ss.;
- TEMPERMAN J., *Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech*, in *Brigham Young University Law Review*, 2011, pp. 729 ss.;
- TERRASI A., *sub art. 17*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 570 ss.;
- TESAURO G., *Diritto comunitario, Corte di Giustizia e diritto penale*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, pp. 665 ss.;
- TIEDEMANN P., *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung*, Berlino, 2007;

- TIMMERMANN W.K., *The Relationship between Hate Propaganda and Incitement to Genocide: a New Trend in International Law Towards Criminalization of Hate Propaganda?*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005, pp. 258 ss.;
- TRAVERSO E., *Il passato: istruzioni per l'uso. Storia, memoria, politica*, Verona, 2006;
- TRAVERSO E., *L'Histoire comme champ de bataille*, Parigi, 2011;
- TREIMAN D.M., *Recklessness and the Model Penal Code*, in *American Journal of Criminal Law*, 1981, pp. 281 ss.;
- TRUCHET D., *À propos du droit à l'oubli et du devoir de mémoire*, in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruxelles, 2004, pp. 1595 ss.;
- TUCCI G., *La diffamazione dei partigiani: il caso Bentivegna*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, 2012, pp. 317 ss.;
- TULKENS F., *Freedom of expression and racism in the case-law of the European Court of Human Rights*, in *The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), Expert Seminar: Combating Racism While Respecting Freedom of Expression*, Strasburgo, 2007, pp. 51 ss.;
- TULKENS F., H.D. BOSLY (a cura di), *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, 1996;
- VALDES-BOULOUQUE M., *Les législations en vigueur en Europe*, in *La lutte contre le négationnisme. Bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 [...]*, in www.vho.org/aaargh/fran/livres5/trichetruche.pdf;
- VAN DIJK P., F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4° ed., Oxford, 2006;
- VAN DROOGHENBROECK S., *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable?*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 541 ss.;
- VAN DROOGHENBROECK S., *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile?*, in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL, F. TULKENS (diretto da), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté?*, Bruxelles, 2000, pp. 139 ss.;
- VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, pp. 617 ss.;

- VASSALLI G., voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, pp. 536 ss.;
- VIDAL NAQUET P., *Gli ebrei, la memoria e il presente*, Roma, 1985;
- VIDAL NAQUET P., *Les Assassins de la mémoire* (1987), trad. it. *Gli assassini della memoria*, Roma, 1993 (nuova edizione: *Gli assassini della memoria: saggi sul revisionismo e la Shoah*, Roma, 2008);
- VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 42 ss.;
- VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 1433 ss.;
- VIGANÒ F., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 648 ss.;
- VINCENTI U., *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009;
- VISCONTI C., *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008;
- VISCONTI C., *Il legislatore azzecagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.*, V, 2006, pp. 217 ss.;
- VITUCCI M.C., *Olocausto, capacità di incorporazione del dissenso e tutela costituzionale dell'asserzione di un fatto in una recente sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 3390 ss.;
- VON HIRSCH A., W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003;
- VOORHOOF D., *Freedom of Expression under the European Human Rights System. From Sunday Times (n° 1) v. U.K. (1979) to Hachette Filipacchi Associés ("Ici Paris") v. France (2009)*, in *Inter-American and European Human Rights Journal*, 2009, pp. 3 ss.;
- WACHSMANN P., *Liberté d'expression et négationnisme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 585 ss.;
- WACHSMANN P., *Une certaine marge d'appréciation. Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, 2000, pp. 1027 ss.;

- WAEHRENS A., *Shared Memories? Politics of Memory and Holocaust Remembrance in the European Parliament 1989-2009*, DIIS Working Paper 2011:06, in <http://www.diis.dk>;
- WANDRES T., *Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens*, Berlino, 2000;
- WEBER A., *Manuel sur le discours de haine*, Leiden-Boston, 2009;
- WEILER J.H.H., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003;
- WEIMANN G., C. WINN, *Hate on Trial: The Zundel Affair, the Media, Public Opinion in Canada*, New York-Londra, 1986;
- WEINER J.R., *Referral of Iranian President Mahmoud Ahmadinejad and the Member State of the Islamic Republic of Iran to the United Nations [...]*, in *The International Journal of Punishment and Sentencing*, 2007, pp. 1 ss., anche in *Jerusalem Center for Public Affairs*, 2006;
- WEINRIB L.E., *Hate Promotion in a Free and Democratic Society: R. v. Keegstra*, in *McGill Law Journal*, 1991, pp. 1416 ss.;
- WERHAN K., *The Liberalization of Freedom of Speech on a Conservative Court*, in *Iowa Law Review*, 1994, pp. 51 ss.;
- WERLE G., *Der Holocaust als Gegenstand der bundesdeutschen Strafjustiz*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, pp. 2530 ss.;
- WERLE G., T. WANDRES, *Auschwitz vor Gericht: Völkermord und bundesdeutsche Strafjustiz: mit einer Dokumentation des Auschwitz-Urteils*, Monaco, 1995;
- WEYEMBERGH A., *L'effectivité du troisième pilier de l'Union Européenne et l'exigence de l'interprétation conforme: la Cour de Justice pose ses jalons [...]*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, pp. 353 ss.;
- WHITE S., *Harmonisation of criminal law under the first pillar*, in *European Law Review*, 2006, pp. 81 ss.;
- WIEVIORKA A., *Justice, Histoire et Mémoire. De Nuremberg à Jérusalem*, in *Droit et société*, n. 38, 1998, pp. 59 ss.;
- WILSON R.A., *Writing History in International Criminal Trials*, Cambridge-New York, 2011;
- YOUROW H.C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, in *Connecticut Journal of International Law*, 1987, pp. 111 ss.;

- ZABEL B., *Soll das Strafrecht Erinnerungen schützen? Einige Anmerkungen zum Verhältnis von Norm und Geschichte am Beispiel des Auschwitz-Leugnens gem. § 130 Abs. 3 StGB*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2010, pp. 834 ss.;
- ZAHAR A., G. SLUITER, *International Criminal Law: a critical introduction*, Oxford, 2008;
- ZAHAR A., *The ICTR's "media" judgment and the reinvention of direct and public incitement to commit genocide*, in *Criminal Law Forum*, 2005, pp. 33 ss.;
- ZAPPALÀ S., *Condanna per istigazione al genocidio*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pp. 117 ss.;
- ZAVATTI P., A. TRENTI, *Legislazione italiana in tema di discriminazione razziale e religiosa*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 1995, pp. 576 ss.;
- ZENO-ZENCOVICH V., *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004;
- ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007;
- ZILLER J., *La nuova Costituzione europea*, Bologna, 2003;
- ZUCCALÀ G., *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in G. BETTIOL *et al.*, *Legge penale e libertà del pensiero: 3° Convegno di diritto penale, Bressanone 1965*, Padova, 1966, pp. 77 ss.;
- ZUCCALÀ G., *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 1152 ss.;
- ZUROFF E., *Eastern Europe: Anti-Semitism in the Wake of Holocaust-Related Issues*, in *Jewish Political Studies Review*, 2005, pp. 63 ss.

ELENCO DEI CASI CITATI / LIST OF CITED CASE LAW

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

Hartmann, IT-02-54-R77.5, *Judgement on Allegations of Contempt*, Specially Appointed Chamber, 14 settembre 2009;

Stanišić and Simatović, IT-03-69-PT, *Decision Pursuant to Rule 73bis(D)*, TC, 4 febbraio 2008;

Krstić, IT-98-33-A, *Judgement*, AC, 19 aprile 2004;

Krstić, IT-98-33-T, *Judgement*, TC, 2 agosto 2001.

International Criminal Tribunal for Rwanda

Bagosora et al., 98-41-A, *Decision on Aloys Ntabakuze's Motion for Injunctions Against the Government of Rwanda Regarding the Arrest and Investigation of Lead Counsel Peter Erlinder*, AC, 6 ottobre 2010;

Bikindi, 01-72-A, *Judgement*, AC, 18 marzo 2010;

Muvunyi, 00-55A-T, *Judgement*, Retrial, 11 febbraio 2010;

Kalimanzira, 05-88-T, *Judgement*, TC, 22 giugno 2009;

Bikindi, 01-72-T, *Judgement*, TC, 2 dicembre 2008;

Nahimana et al., 99-52-A, *Judgement*, AC, 28 novembre 2007;

Nahimana et al., 99-52-T, *Judgement and Sentence*, TC, 3 dicembre 2003;

Akayesu, 96-4-A, *Judgement*, AC, 1 giugno 2001;

Ruggiu (pleaded guilty), 97-32-I, *Judgement and Sentence*, TC, 1 giugno 2000;

Akayesu, 96-4-T, *Judgement*, TC, 2 settembre 1998.

International Court of Justice

Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro (Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide), 26 febbraio 2007.

Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia

Case 001, F28, *Appeal Judgement*, Supreme Court Chamber, 3 febbraio 2012;
Case 002, E51/15, *Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections (Ne bis in idem and Amnesty and Pardon)*, TC, 3 novembre 2011;
Case 002, D427/1/30, *Decision on Ieng Sary's Appeal Against the Closing Order*, Pre Trial-Chamber, 11 aprile 2011.

Human Rights Committee

Ross v. Canada, Communication n. 736/1997, UN Doc. n. CCPR/C/70/D/736/1997, 26 ottobre 2000;
Faurisson v. France, Communication n. 550/1993, UN Doc. n. CCPR/C/58/D/550/1993, 8 novembre 1996;
M.A. v. Italy, Communication n. 117/1981, UN Doc. n. A/39/40 (1984), 10 aprile 1984.

Corte di Giustizia delle Comunità europee

The International Association of Independent Tanker Owners et al., 3 giugno 2008, C-308/06;
Commissione c. Consiglio, 23 ottobre 2007, C-440/05;
Dall'Orto, 28 giugno 2007, C-467/05;
Commissione c. Consiglio, 13 settembre 2005, C-176/03;
Pupino, 16 giugno 2005, C-105/03;
Berlusconi et al., 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02;
Unilever, 28 gennaio 1999, C-77/97;
Miret, 16 dicembre 1993, C-334/92;
Marleasing, 13 novembre 1990, C-106/89;
Zwartveld, 13 luglio 1990, C-2/88;
von Colson, 10 aprile 1984, C-14/83;
Boucherau, 27 ottobre 1977, C-30/77.

Australia

Members of the Yorta Aboriginal Community v. Victoria, (2002) 194 ALR 538;

Wik Peoples v. Queensland, Thayorre People v. Queensland, (1996) 187 CLR 1;

Mabo v. Queensland (No. 2), (1992) 175 CLR 1.

Belgio

Cour constitutionnelle, 12 febbraio 2009, n. 17;

Cour d'arbitrage de Belgique, 12 luglio 1996, n. 45.

Canada

Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2005] 2 SCR. 100;

Delgamuukw v. British Columbia, [1997] 3 SCR 1010;

R. v. Zündel [1992] 2 RCS 731;

R v. Keegstra [1990] 3 SCR 697.

Francia

Conseil constitutionnel, Décision, 28 febbraio 2012, n. 2012-647 DC;

Cass. crim., 1 febbraio 2011, 10-81.667;

Tribunal correctionnel di Parigi, 8 febbraio 2008, *Le Pen*;

Cass. crim., 12 settembre 2000, 98-88.204, *Garaudy*;

Cass. crim., 17 giugno 1997, 94-85126;

Tribunal de Grande Instance de Paris, XVIIe Chambre, 24 marzo 1994, *Guionnet*;

Tribunal de Grande Instance di Parigi, 8 luglio 1981, *LICRA et autres c. Faurisson*.

Germania

BVG, 4 febbraio 2010, 1 BvR 369/04, 1 BvR 370/04, 1 BvR 371/04 ;

BVG, 4 novembre 2009, BvR 2150/08 ;

BVG, 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08;

BGH, 8 agosto 2006, 5 StR 405/05;

BVG, 5 gennaio 2001, 1 BvQ 22/01;

BGH, 12 dicembre 2000, 1 StR 184/00;

BVG, 13 aprile 1994, 90 BVG 241;

BGH, 18 settembre 1979, 75 BGHZ 160.

Stati Uniti

USSC, *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003);

USSC, *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992);

USSC, *National Socialist Party of America et al. v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977);

USSC, *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969);

USSC, *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952);

USSC, *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951);

USSC, *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

Regno Unito

High Court of Justice, *Irving v. Penguin Books Limited and Lipstadt*, 11 aprile 2000, n. 11996-I-1113;

House of Lords, *Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd and others*, [1993] 1 All E.R. 1011.

Spagna

Tribunal Constitucional, 7 novembre 2007, n. 235;

Tribunal Constitucional, 11 novembre 1991, n. 214.

Ungheria

Corte costituzionale, 30 giugno 2008, n. 96;

Corte costituzionale, 30 giugno 2008, 95;

Corte costituzionale, 26 maggio 1992, n. 30.

Olanda

Rechtbank di Amsterdam, 23 giugno 2011, n. 13/425046-09, *Wilders*;

Hoge Raad, 10 marzo 2009, n. 01509/07;

Rechtbank di Hertogenbosch, 21 dicembre 2004, n. AR7891;

Hoge Raad, 25 novembre 1997, n. 105.393, *Verbeke*;

Hoge Raad, 27 ottobre 1987, n. AD0022.

Svizzera

Procureur général adjoint (Cantone di Vaud), *Ordonnance de classement*, 8 marzo 2011, n. PE10.009990-JTR;

Corte distrettuale di Losanna, 9 marzo 2007, *Perinçek*;

Tribunale cantonale di Vaud, 19 giugno 2007, *Perinçek*;

Tribunale federale svizzero, 12 dicembre 2007, n. 6B_398/2007, *Perinçek*.

Italia

Tribunale di Milano, sez. I, 3 aprile 2012, n. 3976;

C. cost., 21 giugno 2010, n. 227/2010;

Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2010, n. 19449;

Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 2009, n. 41819, *Bragantini II*;

Cass. pen., sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691;

Tribunale di Torino, sez. VII, 27 novembre 2008, n. 7881;

Corte d'Appello di Venezia, sez. I, 20 ottobre 2008, n. 1553, *Bragantini*;

Cass. pen., sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581, *Mereu*;

Corte militare d'Appello di Roma, 7 maggio 2008, in <http://www.eccidiomarzabotto.com/docs/sentenza7maggio2008.pdf>;

Cass. pen., sez. III, 13 dicembre 2007, n. 13234/08, *Bragantini*;

Cass. pen., sez. I, 8 novembre 2007, n. 4060/08;

Tribunale militare di La Spezia, 13 gennaio 2007, in <http://www.eccidiomarzabotto.com/docs/sentenzaprimogradomarzabotto.doc>;

Cass. pen., sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381;

Cass. pen., sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295, *Paoletich*;

Tribunale militare di La Spezia, 22 giugno 2005, n. 45, in http://www.santannadistazzema.org/immagini/Sentenza_Stazzema.pdf;

Corte d'Assise d'Appello di Milano, 14 novembre 2001;

C. cost., 10 novembre 1997, n. 329;

C. cost., 18 ottobre 1995, n. 440;

C. cost., 11 aprile 1989, n. 203;

Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1985, *Abate*;

C. cost., 4 maggio 1970, n. 65.

Corte europea dei diritti dell'uomo

Varela Geis c. Espagne, 5 marzo 2013, 61005/09;
Peta Deutschland v. Germany, 8 novembre 2012, 43481/09;
Önal c. Turquie, 2 ottobre 2012, 41445/04 e 41453/04;
Fáber v. Hungary, 24 luglio 2012, 40721/08;
Hizb Ut-Tahrir and others v. Germany, 12 giugno 2012, 31098/08;
Janowiec and Others v. Russia, 16 aprile 2012, 55508/07 e 29520/09;
Vejdeland and others v. Sweden, 9 febbraio 2012, 1813/07;
Axel Springer AG v. Germany, GC, 7 febbraio 2012, 39954/08;
Hoffer and Annen v. Germany, 13 gennaio 2011, 397/07 e 2322/07;
Paksas v. Lithuania, 6 gennaio 2011, 34932/04;
Dink c. Turquie, 14 settembre 2010, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 e 7124/09;
Hadep and Demir v. Turkey, 14 dicembre 2010, 28003/03;
Bingöl c. Turquie, 22 giugno 2010, 36141/04;
Kononov v. Latvia, GC, 17 maggio 2010, 36376/04;
Fatullayev v. Azerbaijan, 22 aprile 2010, 40984/07;
Le Pen c. France, (dec.), 20 aprile 2010, 18788/09;
Balsytė-Lideikienė v. Lithuania, 4 novembre 2008, 72596/01;
Leroy c. France, 2 ottobre 2008, 36109/03;
Korbely v. Hungary, GC, 19 settembre 2008, 9174/02;
Soulas et autres c. France, 10 luglio 2008, 15948/03;
Vajnai v. Hungary, 8 luglio 2008, 33629/06;
Perinçek c. Suisse, (ricorso depositato il 10 giugno 2008), 27510/08;
Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France, GC, 22 ottobre 2007, 21279/02 e 36448/02;
Karatepe c. Turquie, 31 luglio 2007, 41551/98;
Kern v. Germany, (dec.), 29 maggio 2007, 26870/04;
Pavel Ivanov c. Russia, (dec.), 20 febbraio 2007, 35222/04;
Erdel v. Germany, (dec.), 13 febbraio 2007, 30067/04;
Palusinski v. Poland, (dec.), 3 ottobre 2006, 62414/00;
Monnat v. Switzerland, 21 settembre 2006, 73604/01;
Ždanoka v. Latvia, GC, 16 marzo 2006, 58278/00;
Giniewski v. France, 31 gennaio 2006, 64016/00;
Kolk and Kislyiy v. Estonia, (dec.), 17 gennaio 2006, 24018/04;

Witzsch v. Germany (2), (dec.), 13 dicembre 2005, 7485/03;
Otto v. Germany, (dec.), 24 novembre 2005, 27574/02;
Abdullah Aydin c. Turquie (2), 10 novembre 2005, 63739/00;
Orban et autres c. France, 15 gennaio 2005, 20985/05;
Elden c. Turquie, 9 dicembre 2004, 40985/98;
Norwood v. the United Kingdom, (dec.), 16 novembre 2004, 23131/03;
W.P. and others v. Poland, (dec.), 2 settembre 2004, 42264/98;
Chauvy and Others v. France, 29 giugno 2004, 64915/01;
Seurot c. France, (dec.), 18 maggio 2004, 57383/00;
Editions Plon v. France, 18 maggio 2004, 58148/00;
Abdullah Aydin c. Turquie (1), 9 marzo 2004, 42435/98;
Gündüz v. Turkey, 4 dicembre 2003, 35071/97;
Parti Socialiste de Turquie (STP) et autres c. Turquie, 12 novembre 2003, 26482/95;
Garaudy c. France, (dec.), 24 giugno 2003, 65831/01;
Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey, GC, 13 febbraio 2003, 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98;
Yazar and others v. Turkey, 9 aprile 2002, 22723/93, 22724/93 e 22725/93;
Papon v. France, (dec.), 15 novembre 2001, 54210/00;
Osmani and Others v. "The former Yugoslav Republic of Macedonia", (dec.), 11 ottobre 2001, 50841/99;
Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, 2 ottobre 2001, 29221/95 e 29225/95;
Schimanek v. Austria, (dec.), 1 febbraio 2000, 32307/96;
Freedom and Democracy Party (Özdep) v. Turkey, GC, 8 dicembre 1999, 23885/94;
Sürek and Özdemir v. Turkey, GC, 8 luglio 1999, 23927/94 e 24277/94;
Sürek v. Turkey (3), GC, 8 luglio 1999, 24735/94;
Rekvénki v. Hungary, 20 maggio 1999, 25390/94;
Witzsch v. Germany (1), (dec.), 20 aprile 1999, 41448/98;
Lehideux and Isorni v. France, GC, 23 settembre 1998, 24662/94;
Nachtmann v. Austria, (dec.), 9 settembre 1998, 36773/97;
Sidiropoulos and Others v. Greece, 10 luglio 1998, 26695/95;
Socialist Party and others v. Turkey, GC, 25 maggio 1998, 21237/93;

United Communist Party of Turkey and others v. Turkey, GC, 30 gennaio 1998, 19392/92;

Zana v. Turkey, GC, 25 novembre 1997, 18954/91;

Hennicke v. Germany, (dec.), 21 maggio 1997, 34889/97;

Wingrove v. United Kingdom, 25 novembre 1996, 17419/90;

D. I. v. Germany, (dec.), 26 giugno 1996, 26551/95;

Pierre Marais v. France, (dec.), 24 giugno 1996, 31159/96;

Rebhandl v. Austria, (dec.), 16 gennaio 1996, 24398/94;

Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Germany, (dec.), 29 novembre 1995, 25992/94;

Honsik v. Austria, (dec.), 18 ottobre 1995, 25062/94;

Remer v. Germany, (dec.), 6 settembre 1995, 25096/94;

Walendy v. Germany, (dec.), 11 gennaio 1995, 21128/92;

Jersild v. Denmark, GC, 23 settembre 1994, 15890/89;

Otto Preminger Institut v. Austria, 20 settembre 1994, 13470/87;

Ochensberger v. Austria, (dec.), 2 settembre 1994, 21318/93;

F. P. v. Germany, (dec.), 29 marzo 1993, 19459/92;

Purcell et al. v. Ireland, (dec.), 16 aprile 1991, 15404/89;

Castells c. Espagne, Rapport de la Commission, 8 gennaio 1991, 11798/85;

B.H., M.W., H.P. and G.K. v. Austria, (dec.), 12 ottobre 1989, 12774/87;

Soering v. United Kingdom, Plenary, 7 luglio 1989, 14038/88;

Lowes v. United Kingdom, (dec.), 9 dicembre 1988, 13214/87;

Kühnen v. Federal Republic of Germany, (dec.), 12 maggio 1988, 12194/86;

Kosiek v. Germany, 28 agosto 1986, 9704/82;

Felderer c. la Suède, (dec.), 1 luglio 1985, 11001/84;

Glasenapp v. Germany, Report of the Commission, 11 maggio 1984, 9228/80;

T. v. Belgium, (dec.), 14 luglio 1983, 9777/82;

X. v. Federal Republic of Germany, (dec.), 16 luglio 1982, 9235/81;

Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands, (dec.), 11 ottobre 1979, 8348/78 & 8406/78;

Sunday Times v. United Kingdom (1), 26 aprile 1979, 6538/74;

Handyside v. United Kingdom, 7 dicembre 1976, 5493/72;

Le Compte v. Belgium, (dec.), 6 ottobre 1976, 6878/75 e 7238/75;

Engel and Others v. the Netherlands, Plenary, 8 giugno 1976, 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72;

Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium (c.d. Belgian linguistic case), Plenary, 23 luglio 1968, 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 e 2126/64;

X. v. Austria, (dec.), 13 dicembre 1963, 1747/62;

Lawless v. Ireland (3), 1° luglio 1961, 332/57;

De Becker c. Belgique, Rapport de la Commission, 22 gennaio 1960, 214/56;

X. c. Belgique, (dec.), 20 luglio 1957, 268/57;

Parti Communiste d’Allemagne c. République Fédérale d’Allemagne, (dec.), 20 luglio 1957, 250/57.